الدكتور محمد إسماعيل أبو الريش
كلية الشريعة والقانون ـ جامعة الأزهر

بيان مذاهب الفقهاء
في عقد الرهن

الطبعة الثانية
١٤١٥هـ ـ ١٩٩٤م

مطبعة الأمانة
٣ شارع جزيرة بدران شبرا ـ مصر

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذى شرع الرهن للاستيثاق وجعله مسلكا لقضاء الديون ووسيلة للوفاء الى يوم التلاق وأشهد أن لا اله الا الله الواحد الأحد العزيز الخلاق ، وأشهد أن سيدنا محمدا عبده ورسوله أدى الأمانة ونشر الرسالة فملأت الآفاق اللهم صل وسلم وبارك عليه وعلى آله وصحابته صلاة وسلاما دائمين الى يوم التلاق .

وبعد ...

فقد شرعت فى الكتابة عن الرهن لأهميته بين الناس وتعاملهم به فى كل وقت وحين .

فأردت أن أبين أحكامه ليعرف الناس حلاله وحرامه ، وذلك لاماطة اللثام عن أحكامه لما كثر بين الناس من تعاملهم بأشياء ظنوها رهنا وليست برهن فكتبت فيه هذا المؤلف عسى أن ينتفع الناس به فيكون لنا زخرا فى الدنيا والآخرة والله أسأل أن يعم به النفع ويزيد به الفضل وهو حسبى ونعم الوكيل .

الموضوع : بيان المذاهب الفقهية فى عقد الرهن .

وقد جاء هذا المؤلف فى خمسة أبواب وهى كالآتى :

الباب الأول : تعريف الرهن وبيان حكمه .

الباب الثانى : فى أركان عقد الرهن .

الباب الثالث : فى شروط عقد الرهن .

الباب الرابع : فى منافع المرهون .

الباب الخامس : فى هلاك المرهون وضمانه .

الباب الأول

فى تعريف الرهن وبيان حكمه

ويحتوى على الفصول الآتية :

الفصل الأول : تعريف الرهن عند الفقهاء وأوجه المقارنة

الفصل الثانى : دليل مشروعية الرهن وحكمه

الفصل الثالث : خصائص الرهن التأمينى (الرسمى) وحكمه

الفصل الأول

تعريف الرهن وأوجه المقارنة

ويشـــتمل على مبحثين :

المبحث الأول : تعريفه .

المبحث الثانى : أوجه المقارنة .

المبحـــث الأول

تعريف الرهن لغة واصطلاحا

هو فى اللغـــة :

معناه الثبوت والدوام ، يقال ماء راهن أى راكد ، ونعمة راهنة أى دائمة وقال بعضهم : ان معناه فى اللغة الحبس لقوله تعالى : «كل نفس بما كسبت رهينة »(١) أى محبوسة بما قدمته ، ومن ذلك قوله عليه الصلاة والسلام : « نفس المؤمن مرهونة بدينـــه حتى يقضى عنه »(٢) فمعنى مرهونة : محبوسة فى قبرها ، والمعنى الثانى لازم للمعنى الاول ، لأن الحبس يستلزم الثبوت بالمكان وعدم مفـــارقته ، ويطلق الرهن على المرهون تسمية للمفعول باسـم المصدر ، وأيا كان الإطلاق فهو يفيد الحبس بمعناه العام ولذلك اذا أطلق الرهن فهم منه الحبس فيكون حبس أى شىء كان بأى سبب كان(٣) .

وأما الشرع فقد اختلفت تعاريف الفقهاء فى معنى الرهن وسببه اختلافهم فى تعريفه اختلافهم فى الأحكام المتعلقة بعقد الرهن والآثار المترتبة عليه عندهم :

---

(١) سورة المدثر آية رقم ٣٨ .

(٢) رواه الترمذى فى ســـننه عن أبى هـــريرة جـ ٣/٣٨٠ ط مصطفى الحلبى بمصر .

(٣) المصباح المنير جـ ١ ص ٣٢٠ ط ٥ .

ونبدأ فى ذكر هذه التعاريف على النحو التالى :

١ ــ **عرفه الحنفية** : بأنه حبس شىء مالي بحق يمكن استيفاؤه منــه كالدين(٤) .

شرح التعريف : معنى الحبس هو عبارة عن منع الشىء عن صاحبه فلا ينتفــع به ومن ثم يكون الحبس جنسا فى التعريف لأنه قد يكون حبسا بلا سبب كالغاصب يعد حابسا للمغصوب عن صاحبه وهذا حبس غير مشروع ، وكذلك السارق يعد حابسا للمسروق ، والحبس يتناول : المــاديات والمعنويات ولكن باضافة « الحبس » الى كلمة « شىء » دل على أن الحبس المراد لا يقع الا على المــاديات المجسمة المرئية ولمــا كان الحبس فى المعنويات لا يظهر بوضــوح جعلنا الجنس فى الشىء المــادى أظهر ، ولمــا كان الشىء قد يكون له قيمة مالية وقد لا يكون له قيمــة فكان عاما أردنا أن نخصه فوصف الشىء المحبوس بكونه ماليا ، ولذلك فحبس الشىء غير المــالى لا يسمى رهنا ، لأن المرهون لا بد أن يكون له قيمة مالية .

وأما قوله « بحق » يخرج حبس المغصوب فى يد الغاصب لأنه ليس بحق وانما حبس قهرا عن صــاحبه ، وكذلك حبس المسروق لأن كلا من المغصوب والمسروق واجب الرد لصاحبه فورا لقوله صلى الله عليه وسلم « على اليد ما أخــذت حتى ترده »(٥) ويبقى « المحبوس بحق » كالرهن هو الذى يشمله التعريف .

وقوله « يمكن استيفاؤه منه » الضمير فى استيفائه يعود الى كلمة « حق » لأنه أقرب مذكور ، وخرج به « المعــار » لان المعير اذا أراد

---

(٤) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٣١٧ ، الزيلعى ج ٦ ص ٦٢ .

(٥) أخرجــه الترمذى فى ســـننه فى كتاب البيوع عن سمرة ٣/٥٧ ط / مصطفى الحلبى بمصر .

استرجاع المعار أرجعه بذاته ما دام قائما بخلاف الرهن فان استيفاء الحق هو عبارة عن استيفاء الدين المقـرر فى ذمة الراهن عند حلول الأجل ، ويمكن أن يرد الدين المقرر ، ويمكن أن يباع الرهن ويستوفى الحق منه ، والضمير فى كلمة « منه » يعود الى «شىء مالى» ولا يمكن رجوعه الى غيره ، وذلك لعموم كلمة الحبس ، كما أنه لا يمكن أن يعود الى كلمة « بحق » لعود غيره اليه والباء فى كلمة « بحق » للسـببية أى بسبب حـق .

وقوله « كالدين » أى مثل الدين فالكاف للتمثيل وليس الدين هو الوسيلة الوحيدة لأخذ الرهن فى مقابله فيمكن أن يأخذ رهنا فى مقابلة بعض الأعيان ، كما لو اشترط المعير على المستعير أن يأخذ فى مقـابلة الشىء المعـار رهنـا .

٢ ــ وعرفه المـالكية بعدة تعريفات وهذه التعريفات قد تعددت بسبب اختلاف بعض ألفاظها ، فربما عرفه بعضهم بالمصدرية،والبعض الآخر بالاسمية وان كان مؤدى التعريفات كلها متحداً أو متقاربا وهذه التعريفات نذكر منها :

(أ) ما ذكر الامام خليل فى مختصره بقوله « بذل من له البيـع ما يباع أو غررا ولو اشترط فى العقد وثيقة بحق »(٦) .

شرح التعريف : معنى « بذل من له البيـع » كلمة « بذل » أى تقديم الشىء عن طواعية واختيار ، فالمقصود بالبذل هنا : هو كونه من جانب الراهن لأنه عادة هو الذى يقـدم المرهون و « من له البيع » يعنى : من يحق له بيع العين ، ويخرج من ذلك المريض مرضا مخوفا اذا كان مدينا فمذهب ابن القاسم يجوز بيعه ولا يجوز رهنه .

---

(٦) انظر مختصر خليل بالمواهب جـ ٥ ص ٢ ، ٣ (ط ٢ ١٩٧٨)، والفواكه الدوانى جـ ٢

وقوله « ما يباع أو غررا » نبه بذلك على أنه يشترط فى المرهون ما يشترط فى المبيع وقد استثنى الخمر والخنزير والميتة فلا يجوز رهنها ٠

وكلمة « غررا » معطوفة على ما فى قوله ما يباع ، وسبب العطف أن كلاهما جوز رهنه سواء كان ما يباع أو ما لا يباع للغرر(٧) ونبه بذلك على أنه يجوز رهن العبد الآبق والبعير الشارد اذا لم يفارق الاباق والشرود عند البيع بلا خلاف ، فان فارقها ففيه خلاف والمشهور الجواز ، أما رهنه فلا خلاف فيه وذلك لقوله « ولو اشترط فى العقد وثيقة ... » الخ ٠

وقوله « وثيقة » خرج ما ليس بوثيقة بل دفع على سبيل الملك كالبيع ، والانتفاع كالمستأجر والمعار(٨) ٠

(ب) وقد ذكر ابن الحاجب تعريفا للرهن قريبا من هذا التعريف وان خالفه فى بعض ألفاظه حيث قال : « اعطاء امرىء وثيقة بحق » ٠

واعترض ابن عرفه على هذا التعريف بقوله : انه لا يتناول الرهن بحال وسبب ذلك أن كلمة « اعطاء » مصدر ، و « الرهن » اسم(٩) ، والتعريف بالمصدر أعم فى التناول ٠

(جـ) وذكر ابن عرفة تعريفا للرهن بأنه : «مال قبضه توثقا به فى دين » فخرج بهذا التعريف الوديعة والمصنوع فى يد صانعه وقبض المجنى عليه ان كان عبدا فى يد من جنى عليه(١٠) ٠

---

(٧) والغرر نوعان : غرر يسير وغرر كثير ، فاليسير كالعبد الآبق والبعير الشارد والكثير كالحمل فى بطن أمه ٠ لأن الحمل قد يكون انتفاخا فى البطن ، والذى يجوز رهنه هو الغرر اليسير دون الكثير ٠

(٨) انظر مواهب الجليل ٥/٣ ٠

(٩) ويلاحظ أن استعمال الرهن بمعنى المصدر شائع فى العرف

(١٠) انظر فى هذا مواهب الجليل جـ ٥ ص ٣ ٠

٣ ــ **وعند الشافعية** : هو : « جعل عين مال وثيقة حتى يستوفى منه عند تعذر الوفاء »(١١) .

شــــرح التعريف :

معنى الجعل هو : وضع الشىء على نحو معين هذا هو معناه العام، وتقييده هنا بالرهن أى : جعل العين رهنا لكى لا تعلق بالعين المرهونة شىء آخر ، والتقييد بعين المــال يخرج الأعيــان التى لا قيمة لها ، فكأنهم اشترطوا فى العين أن تكون لها قيمة مالية وقصر العين المــالية على كونها وثيقة يخرج ما عداها كالعارية ، والوديعة ، والمصنوع فى يد الصانع فكلا من هذه الأعيان بالرغم من ماليتها الا أنها لا تعد وثيقة ويؤيد ما نقوله بأن العين وثيقة بالدين ، وهذا لا يتحقق الا فى الرهن لأن من حكمة مشروعيته الاستيثاق ، وهذه الوثيقة جعلت الاستيفاء منها اذا عجز الراهن عن الوفاء بالدين المغرر عليه عند حلول أجله .

٤ ــ **وعند الحنــابلة** : هو « المــال الذى يجعل وثيقــة بالدين ليستوفى من ثمنه ان تعذر استيفاؤه ممن هو عليه »(١٢) .

ويقترب تعريف الحنــابلة من تعريف الشــافعية لذلك يحال عليه فى شــــرحه .

٥ ــ **وعرفه الشــيعة الاباضية بأنه** : « بذل من له البيع ما يباع بحق علق اليــه »(١٣) .

---

(١١) انظر مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٢١ .

(١٢) المغنى والشرح الكبير جـ ٤ ص ٢٦٦ .

(١٣) انظر كتاب النيل وشفاء العليل جـ ١١ ص ٧ مكتبة الارشاد جدة ط ٣ سنة ١٩٨٥ .

شرح التعريف : « بذل » أى اعطـاء ، « من له البيع ما يباع » من له : المقصود به الراهن أو من ينوب عنه ، « ما يباع » أى ما من شـأنه أن يباع وان لم يقع بيعه .

واعترض على هـذا التعريف بأنه حد غير مانع وسبب عدم المنع شمول التعريف النصف الثانى من الصداق لكن على قول من قال : أنه متوقف على الدخول وهو أيضا شامل البيع الموقوف ولكل مال موقوف تعلق به حق . « بحق » أى لأجل حق ، فالباء سـببية « علق اليه » أى : ما يبـاع .

وشارح النيل اهتم بذكر تعريفـات المـالكية وان كان قد ذيل التعريف بأن رهن الغرر لا يجـوز ، وخالف بذلك المـالكية حيث قال ما نصه : « والمذهب أن المدبر حر وأنه لا يرهن ولا يصح بيع نجومه ولا رهنها ولا رهن الغرر(١٤) .

(١٤) انظر شرح النيل وشفاء العليل ج ١١ ص ٨ .

المبحث الثاني

أوجه المقارنة بين تعريفات الفقهاء

بعد ذكر هذه التعاريف نحاول أن نقارن بينها وعلى ضوء هذه المقارنة يتضح أى التعاريف أولى بالاعتبار والتعويل عليه ومن ثم نذكر هذه الأوجه على النحو التالى :

أولا : بالمقارنة بين التعريف اللغوى للرهن والتعاريف الشرعية لدى الفقهاء تبين أن التعريف اللغوى أعم من التعريف الشرعى ، لأن أهل اللغة عبروا عن الرهون بكلمة « شئ » مطلقا سواء كان ماليا أم غير مالى وسواء كان يمكن الاستيفاء منه أم لا •

وعبروا عن المرهون به أيضا بكلمة « شئ » أخذ منه مطلقا سواء كان الشئ المأخوذ . دينا أم غير دين بخلاف تعاريف الفقهاء فانهما تخص المرهون بكونه شيئا ماليا يمكن الاستيفاء منه اذا تعذر الوفاء وتخص المرهون بكونه دينا أو حقا يمكن استيفاؤه من المرهون اذا تعذر الوفاء •

ثانيا : بالنظر فى التعاريف الشرعية نجد أن الفقهاء لم يتفقوا على تعريف معين للرهن بل نجد كل مذهب له تعريف يخالف ماعليه غيره ولعل سبب ذلك يرجع الى اختلاف الأحكام المتعلقة بالرهن عند الفقهاء وبالتالى تختلف الآثار الناتجة عن انعقاد الرهن قلة أو كثرة وهذه الأوجه نذكرها على النحو التالى :

١ ــ عرف الحنفية الرهن بأنه حبس شئ • والمالكية بأنه بذل ••• الخ • والحنابلة بأنه المال الذى يجعل •• الخ وعند الشافعية جعل عليه مال ••• الخ وعند الشيعة الاباضية بأنه بذل مال ••• الخ •

وبالنظر فى الشطر الأول من هذه التعاريف على اختلافها يتبين لنا أن الاحناف راعوا المعنى اللغوى فى المعنى الاصطلاحى وغيرهم لم يروا ذلك • ولعل الدافع الى هذا اختلاف الأحكام • فعند الحنفية يحبسون الرهن عن الراهن طوال المدة المقررة فلا ينتفع به الراهن مطلقا حتى ولو أذن له المرتهن • بخلاف المالكية والحنابلة فانهم يجيزون للراهن الانتفاع بالمرهون بشرط أن يأذن المرتهن ويظل الرهن منعقدا •

ولا يفوت عند المالكية الا حيازة المرهون وعند الحنابلة يفوت لزوم عقد وفوات الحوز لا يؤدى الى فكاك عقد الرهن بل يظل موجودا • أما فوات اللزوم فانه قد يؤدى الى فوات عقد الرهن ومن ثم يتضح الفرق بين رؤية المالكية والحنابلة فتدبر ••

وأما عند الشافعية فانهم يجيزون للراهن الانتفاع بالمرهون سواء أذن المرتهن أو لم يأذن فيمكن انتفاعه قهرا وفى نفس الوقت يظل عقد الرهن موجودا دون أن يترتب عليه فوات اللزوم أو الحوز •

كما يلاحظ أن تعريف الشيعة يتفق مع المالكية فيسرى عندهم ما قال به المالكية •

٢ — (أ) انفراد المالكية فى تعريفهم بجواز رهن الغرر ولذلك يجوز عندهم أن تكون العين المرهونة موجودة أو قابله للوجود كرهن الشىء المستقبل ، وان كانوا قد فرقوا بين الغرر الشديد والخفيف فأجازوه فى الغرر الخفيف بلا خلاف وان كانوا لا يجيزون بيعه ومنعوه فى الشديد كالحمل ونتاج النتاج والمذاهب الأخرى لم تجز رهن الغرر خف أو ثقل بل اشترطوا لانعقاد الرهن وجود العين المرهونة وذلك نص فى سائر التعاريف الأخرى •

(ب) ولعل المالكية قد راعوا فى جوازهم رهن الغرر التيسير على الراهن لكونه قد يكون فى حاجة ملحة للحصول على الدين الذى يريد وربما لم يكن عنده ما يقدمه حالا ويمكنه أن يتفادى ذلك بشىء مغيب عن المرتهن •

الا أننا نرى أن تعريفهم وان كان قد راعى جانب الراهن فقد أغفل جانب المرتهن وينبغى أن يراعى جانب المتعاقدين دون مراعاة جانب واغفال جانب آخر لأن العقد كل لا يتجزأ •

٣ — وان كان الوجه المتقدم نظر الى المرهون فهذا الوجه نظر الى المرهون به فنجد الحنفيــة والمالكية أجازوا أن يكون المرهون به دينا أو عينا ولذلك جاء فى تعريف الحنفية أن حبس الشىء بحق • وهذا الحق قد يكون عينا وقد يكون دينا وعندما ذكروا مثالا للمرهون به قالوا « كالدين » أى انهم ذكروه على انه مثال لا حصر والمالكية خلا تعريفهم من الدين وذكروا فى تعريفهم أنه « وثيقة بحق » والحق قد يكون دينا وقد يكون عينا والفرق بين الحنفية والمالكية أن الحنفية اشترطوا فى المرهون به اذا كان عينا فلابد أن يكون العين مضمونة بنفسها(١٥) • أما المالكية فلم يشترطوا ذلك بل قد تكون مضمونة بنفسها أو بغيرها •

---

(١٥) العين المضمونة هى : ما يجب بهلاكها مثلها اذا كان لها مثل، أو قيمتها اذا لم يكن لها مثل وهى نوعان :

مضمونة بنفسها كالمغصوب فى يد الغاصب والمهر فى يد الزوج وبدل الخلع فى يد الزوجة وبدل الصلح عن قتل العمد فى يد العاقلة • ومضمونة لغيرها كالمبيع فى يد البائع فعند الشافعية لا يجوز أخذ الرهن بها مطلقا مضمونة بنفسها أو بغيرها • وعند الحنفية يجوز الرهن بها =

أما الشافعية والحنابلة فقد اشـــترطوا أن يكون مقابل المرهون دينا مضمونا ونصـــوا على ذلك فى تعريفهم حيث قالوا ان عين المـــال وثيقـــة بالدين •

٤ ــ أن تعريف المـــالكية ذكر الراهن صراحة حيث قالوا « من له يبيع » والذى يحق له البيـــع هو الراهن لأن المرتهن وان حل أجل دينه فليس له أن ينفرد ببيع الرهن وحده وان تعلق حقه به فيكون من له البيع هو الراهن وقد وافقهم فى ذلك الاباضية • وخلت التعاريف الاخرى من ذكر الراهن • فمن نظـــر فى تعريف الحنفية وجده حبس شىء الخ والحابس هو المرتهن لا الراهن • والشـــافعية والحنابلة لم يصرحوا بذكر الراهن أيضا وتعريفهم يدل على ذلك حيث قالوا جعل عين مال أو المـــال الذى يجعل •

وأعتقد أن المذاهب الأخرى وان لم تصرح بذكر الراهن الا أنه يمكن أن نقول بأن عقـــد الرهن لا ينعقد بارادة منفردة وانما ينعقـــد بارادتين متلاقيتين على الانعقاد والآثار المترتبة عليه •

ومن جانب آخر نجد أن تعريف المـــالكية وان صرح بذكر الراهن فلم يصرح بذكر المرتهن والمذاهب الأخرى وان صرحت بذكر المرتهن

=

ان كانت مضمونة بنفسها مطلقا غائبة أو حاضرة •

ويرى المـــالكية جواز الرهن بها مضمونة بنفسها أو بغيرها اذا كانت العين غائبة ولا يجوز اذا كانت العين حاضرة •

وعند الحنابلة روايتان بالجواز وعدمه •

انظر البدائع جـ ٦ ص ١٦٢ ، الحطاب جـ ٥ ص ١٦ ، المغنى جـ ٤ ص ٣٥١ ، والمبسوط جـ ٢١ ص ٧٣ •

فلم تغفل الراهن . وانظر الى تعريف كل من الشافعية والحنابلة حيث قالوا ان تعذر الوفاء ممن هو عليه وهذا يعتبر ذكرا لجانب الراهن لأنه هو الذى يلتزم بالوفاء .

ولعل المالكية اشترطوا النص على الراهن صراحة جريا على عادتهم فى تضمين التعاريف للشروط لتكون ضابطة للمهايا الصحيحة شرعا وغيرهم لا يلتزم ذلك لأن الاسماء الشرعية عندهم تطلق على المهايا مطلقا صحيحة أم فاسدة ، فاذا ما استوفت الماهية شروطها وانتفت الموانع سميت بالصحيحة . أما المالكية فلا يعتبرون للماهية وجودا الا اذا كانت صحيحة فالخلاف بينهما مبنى على اختلاف الاصطلاح ولا مشاحة فى الاصطلاح .

٥ ــ بالنظر فى تعاريف الفقهاء نجد أن الحنابلة والشافعية اهتموا أساسا بالأثر المترتب على عقد الرهن ، والاثر المترتب هو تقديم الرهن ليكون ضامنا فقالوا المال الذى يجعل وثيقة بالدين أو جعل عين مال وثيقة بالدين وهذا يعتبر تعريفا بالأثر أو باللازم .

أما تعريف المالكية فقد اهتم بذكر الراهن والمرتهن يكون تبعا له فقد عرفوا العقد واهتموا بالعاقد سواء كان راهنا أو مرتهنا .

أما الحنفية فتعريفهم يعد جامعا بين التعريفين لأنهم قالوا حبس شىء . والحبس لابد له من حابس فكأنهم ذكروا المرتهن . وأما كلمة بحق كأنهم ذكروا الراهن تبعا .

ولذلك اتضح الفرق بين التعاريف .

المختـــار من هذه التعـــاريف

لو نظرنا الى هذه التعاريف فى جملتها لوجدنا أن تعريف الحنفية يتميز على سائر التعاريف الأخرى بما يلى :

(أ) راعى المعنى اللغوى فى المعنى الاصطلاحى •

(ب) أبرز المعنى الحقيقى للرهن وهو القبض المذكور فى قوله تعالى : « فرهان مقبوضـــة »(١٦) اذ الحبس من لوازم قبض الرهن بخلاف التعـــاريف الأخرى فعند المـــالكية مثلا « بذل من له البيع » والبذل هو تقديم الشىء عن طيب خاطر وهذا يتنافى مع الحبس •

(ج) أن الشـــافعية والحنابلة نظروا الى أن العين المرهونة قد وضعت على نحو معين ووضعها فى بداية العقد لا يتنافى مع انتفـــاع الراهن بها بعد ذلك •

ويمكن أن يتأتى هذا مع الحبس الدائم هذا وأن كان المالكية قـــد أجازوا رهن الغرر ولم يجزه غيرهم وهذا كما قلت سابقا فيه مراعاة للراهن واجحاف للمرتهن وهذا يتنافى مع الحبس الدائم الذى اشترطه الحنفية كما أن الحبس الذى قال به الحنفية ناتج عن الايجاب والقبول من العاقدين أما البذل والجعل كلاهما يعتمد أساسا على الرهن ويعتبر الجعل والبذل هو البداية وربما كان من جانب واحـــد هو الراهن ولكن الحبس لا يمكن تحقيقه الا بعد الايجاب والقبول اللازمين لعقد الرهن •

---

(١٦) البقرة من الآية ٢٨٣ •

وقد تميز تعريف الحنفية عن تعريف الشافعية والحنابلة بأنه جعل الحبس فى مقابل الحق وهذا الحق أعم من أن يكون دينا أو عينا وأن كانت العين لابد أن تكون مضمونة بنفسها واقترب المالكية من ذلك عندما قالوا ولو اشترط فى العقد وثيقة بحقه والمالكية أنصفوا عندما أجازوا رهن الغرر مراعاة لجانب الراهن وحفظا لمال المرتهن بقدر الطاقة المتوفرة للراهن وان كانت التعاريف الأخرى خلت من ذلك .

ولكن نجد أن رهن الغرر يتنافى مع القبض المشروط فى الرهن المقابل للمداينة وأمر الشارع المذكور فى الآية المعبر عنه بالمصدر يقتضى وجوب تسليم الشىء المرهون .

الفصل الثانى

فى دليل مشروعية الرهن وحكمه

ويحتوى على المباحث الآتية :

المبحث الأول

دليل مشروعية الرهن

لا شك أن الرهن مشروع وقد ثبتت شرعيته بكافة الأدلة المتفق عليها وهى الكتاب والسنة والاجماع والمعقول •

(١) الكتاب :

ما ورد فى قول الله تعالى :

« وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة »(١) •

وجه الدلالة من الآية :

(أ) أن هذه الآية قد وردت عقب آية المداينة وقد دلت على تقديم الرهن عند عدم الكتابة ، وهذا مستفاد من قوله تعالى « ولم تجدوا كاتبا » فكان وجود الكاتب ، وكتابة الوثيقة يغنيان عن تقديم الرهن •

---

(١) آية رقم ٢٨٣ سورة البقرة •

(ب) وقد دلت الآية أيضا على أن تقديم الرهن واجب ، التعبير بالمصدر الوارد فى قول الله تعالى (فرهان) والتعبير بالمصدر من أقوى التعبيرات وكأن التقدير فارهنوا رهانا مقبوضة •

(ج) دلت الآية أيضا على وجوب قبض الرهن ، لأن القبض وصف تابع للمرهون ، وتقديم المرهون واجب فقبضه كذلك واجب •

(٢) السنة : منها : —

(أ) ما روى عن أنس رضى الله عنه قال : « رهن رسول الله ﷺ رهن درعه عند يهودي بالمدينة وأخذ منه شعيرا لأهله » •

(ب) ما روى عن عائشة رضى الله عنها أن النبى ﷺ اشترى طعاما من يهودى الى أجل ، ورهنه درعا من حديد •

وفى لفظ : مات ودرعه مرهونة بثلاثين صاعا من شعير »(٢) •

وجه الدلالة من هذه الأحاديث : —

دلت السنة على مشروعية الرهن قولا وعملا :

أما القول : فالاحاديث القولية الواردة فى مشروعية الرهن وبيان أحكامه كثيرة وما أوردناه قليل من كثير •

وأما العمل : فان فعل النبى ﷺ وقيامه بالرهن لاكبر دليل هادى على مشروعيته وبجوازه ، وبالرغم من تعدد الروايات فهذا يفيد أن النبى ﷺ قد فعله أكثر من مرة مع الكثر من واحد لحاجته اليه •

وهذا يدل على مشروعيته •

---

(٢) انظر نيل الاوطار جـ ٥ ص ٣٦٣ الطبعة الاخيرة ، انظر فتح البارى بشرح صحيح البخارى جـ ٦٧/٦ •

٣ ـ الاجمـــــاع :

أما الاجماع فقـــد أجمعت الامة سلفا وخلفا على جـــواز الرهن ومشروعيته وسند الاجماع فى ذلك ما تقدم من أدلة الكتاب والسنة ، لانه لابد من دليل يؤيد هذا الاجماع .

٤ ـ المعقـــــول :

ان الرهن وثيقة فى جانب الاستيفاء فيجوز كما تجوز الوثيقة فى جانب الوجوب وهى الكفالة ، والحوالة ، والجـــامع أن الحـــاجة الى الوثيقة ماسة من الجانبين ، فان المستدين قلما يجد من يدينه بلا رهن، والدائن يأمن بالرهن على دينه من التوى بالجحود ، أو باسراف المدين فى ماله ، بحيث لم يبق منه شىء ، أو بمحاصة غيره من الغرماء ، فكان فيه نفع لهما كما فى الكفالة والحوالة فشرع لذلك(٣) .

---

(٣) تبيين الحقائق للزيلعى جـ ٦ ص ٦٢ ، ٦٣ .

المبحث الثانى

حكمة مشروعية الرهن

وبعد الفراغ من ذكر أدلة المشروعية نذكر الحكمة التى من أجلها شرع الرهن ، وتتجلى هذه الحكمة بوضوح ، فى أن المال ينبغى المحافظة عليه والاهتمام به والتأكد من سلامته ، ولابد من تداوله بين الناس جميعا ، قال تعالى : «كى لا يكون دولة بين الاغنياء منكم ...الآية»(٤) وسرعة تداوله والحرص عليه يقتضى شدة الاستيثاق ، والاستيثاق متعدد الطرق ، مختلف الجوانب ، فتارة يكون بالكتابة ، وتارة يكون بالاشهاد ، والكفالة وقد تنعدم هذه كلها ، فنلجأ الى الوثيقة الناطقة التى قد تساوى الدين أو تزيد عنه ، وهذه الوثيقة قيدها المشرع عند عدم وجود الكاتب وفقد أدوات الكتابة ، فكانت الوثيقة هى الرهن . قال الله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه .. ثم قال .. واستشهدوا شهيدين من رجالكم .. »(٥) فان لم يتحقق كل هذا ، واحتاج المدين الى الدين ، والدائن لا يعطى عند فقد الوسائل المتقدمة ، جاء المخرج لكل من المدين والدائن ، حيث قال الله تعالى « وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة » قال ابن عباس رضى الله عنه : أى ان لم تجدوا قرطاسا وقلما أو ان لم تجدوا من يكتب وان توافرت أدوات الكتابة .

والملاحظ ان بعض الدائنين لا يكفيه الاشهاد ولا الكتابة ، ويرى أنه لابد من وثيقة تطمئن اليها نفسه يحبسها عنده ، تحمل المدين على الوفاء عند الاجل وتلك الوثيقة هى الرهن ، فالرهن أقوى الوثائق التى

---

(٤) سورة الحشر آية رقم ٧ .

(٥) سورة البقرة آية ٢٨٢ .

شرعها الله سبحانه وتعالى ، لانه يجعـل الدائن مطمئنا على ماله كأنه في حيازته ولا يخشى انكارا ولا موتا مفاجئا ولا ضـياعا بالنسيان أو بكثرة الاسـتدانة .

والرهن مع كونه من أقوى الوثائق فانه يكـاد يكـون غريزه من غرائز الانسان الفطرية تظهر عند الحاجة اليها ..

من كل هذا تتضح حكمة مشروعيته .

المبحث الثالث

حكم الرهن

اتفق الفقهاء على جواز الرهن ، وكونه مشروعا للحاجة ، كما أنهم اتفقوا على أن الرهن وثيقة للاستيفاء فى الاشياء الجائزة حتى لا يصح رهن ما لا يصلح للاستيفاء كالخمر وأم الولد ، قياسا على كون الكفالة وثيقة لجانب الوجوب •

واتفقوا على أن الحكم المتولد من عقد الرهن بعد التسليم الى المرتهن هو :

(أ) حق الحبس •

(ب) ثبوت اليد •

ولكن وقع الخلاف بين الاحناف من جانب والجمهور — المالكية والشافعية والحنابلة — من جانب آخر •

١ — أما رأى الحنفية : فاليد الثابتة على الرهن ، وهى يد المرتهن يد استيفاء ، أما الحبس فهو ثابت بصفة الدوام حكما أصليا للرهن •

٢ — أما رأى الجمهور : فاليد الثابتة على الرهن ، وهى يد المرتهن كما ذكرنا ، فليست يد استيفاء ، بل هى يد الثبوت والحبس ، لتعلق الدين بالعين بايفائه من حالتيه •

ويقترب من هذا ما ذكر فى الوسيط : أن حقيقة الرهن توثيق الدين بتعليقه بالعين المرتهن به من مزاحمة الغرماء حال افلاس الراهن ، ويتم ذلك بقبض المرتهن ليحفظ محل حقه ليوم حاجته ، ويثبت

للمرتهن حال الانعقاد استحقاق اليد على المرهون ، وفى ثانى الحال استحقاق البيع فى قضاء حقه اذا لم يوفه الراهن من حال آخر ، وما بين الحالين يمكن للراهن استرجاع الرهن والانتفاع به ، أذن المرتهن أم لا عند الشافعية ، وان كان الحنابلة والمالكية يشترطون لاسترجاع الراهن الرهن والانتفاع به اذن المرتهن ، فيتفقون على مبدأ الاسترجاع والانتفاع من قبل الراهن ، ويختلفون فى الاذن •

الادلة : استدل كل فريق لقوله بما يأتى :

اولا : أدلة الحنفيــة :

أن أحكام العقود الشرعية تقتبس من ألفاظها الدالة عليها ، ولما كان تعريف الرهن قد وقع بهذا الاسم ، فلابد من مراعاة معنى الاسم فيه ، ليكون التعريف به صحيحا ، وقد ورد الشرع باطلاق اسم الرهن على المرهون ، وهو منبىء عن الحبس ، لقوله تعالى : « كل نفس بما كسبت رهينة »(٦) أى محتبسة ، فكان موجبه احتباس العين بالدين ، وهذا الاحتباس ، وان كان أمرا حقيقيا اتصف بكونه حكما شرعيا ، لاتصافه بكونه مطلقا شرعا •

ثانيا : ما استدل به الجمهور :

١ — أن الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء بالاجماع ، ومعنى التوثيق انما يظهر بثبوت اليد والحبس ، والراهن قبل تقديم الرهن كان مطالبا بالايفاء من غير تعيين محل ، وبعد الرهن بقى الوفاء ، وازداد به شىء آخر وهو المطالبة بالوفاء مما قدم رهنا وايفاء الدين من ثمنه •

٢ — قياس الرهن على الكفالة اذ موجبها ثبوت الدين فى الذمة الاولى ، فيتحقق معنى التوثيق فى جانب الوجوب بضم ذمة الى ذمة ، وقد حصل فى الرهن معنى التوثيق بتعيين محل بقائه مطلقا فى غيره •

---

(٦) سورة المدثر آية ٣٨ •

واذا ثبت هذا كان للراهن أن ينتفع بالرهن ، لان انتفاع المـالك به لا يبطل حق البيع بالدين ، فلا يحجر المـالك عنه لحقه ، كما لا يحجر المولى عن استخدام الامة المنكوحة لحق الزوج ، لان حقه فى ملك الوطء ولا يبطـل ذلك باستخدامها •

٣ ـ قـوله ﷺ : « الرهن محلوب ومركوب »(٧) وهـو ليس بمحلوب ولا مركوب للمرتهن ، فيثبت بنص الحديث أنه للراهن •

مناقشـة أدلـة الجمهـور :

ناقش الحنفية أدلة الجمهور بما يأتى :

أولا : نحن لا ننازع فى كون الرهن شرع للتوثيق ، لكن محـل النزاع فى جعـله محبوسـا دائمـا •

ثانيا : أما مناظرته بالكفالة ، فانه يؤيد ما ذهبنا اليه ، اذ موجب الكفالة صيرورة ذمة الكفيل مضمومة الى ذمة الاصـيل فى المطالبة دون أصل الدين ، حتى يكون الثابت به وثيقة(٨) •

ولا يمكن اثبات أصل الدين ، لانه حينئذ يصير الثابت به حقيقة، والفرع فى الدين وهو المطالبة جعل أصلا فى الكفالة لتكون موصلة الى الحقيقة فكذلك يد المرتهن على المرهون فرع حقيقة الاستيفاء ، فجعلت أصـلا فى عقـد الرهن •

---

(٧) هو من جنس ما ثبت بالحقيقة حتى يزاد وثوقا (كشف الأسرار للبزدوى جـ ٣ ص ٣٨٩ •

(٨) الوثيقة : من التوثيق وهو التأكد ، والمراد بها اثبات شيء

ومن ثم يمكن أن تجعل الفروع أصولا فى التوثقات ، فالمطالبة فى الكفالة جعلت أصلا وليس الدين المكفول ، وكذلك المرهون جعل أصلا، وليس الاستيفاء •

دفـــع اعتراض :

وقد اعترض على الحنفية فى بيان معنى الوثيقة فى هذه اليد ، ومن أى وجه جعلت وثيقة ؟

وقد دفع هـذا الاعتراض :

أولا : بما ذكرناه من بيان معنى الوثيقة •

ثانيا : والمقصود من الوثيقة : اثبات شىء زائد هو من جنس الاصل مع بقاء الاول على ما كان ، فان حبس المرهون عند المرتهن حقيقة يجعل هذا الاحتباس وسيلة الى النقد من محل آخر « وهى ذمة الراهن » وهذا هو المتعارف بين الناس أن ملك الانسان اذا حبس عنه بدين يتسارع الى فكاكه بايفاء الدين ، والدليل على هـذا المحـل من جنس يد الاستيفاء ، والدين بالاستيفاء يصير مدصنا ، فاذا بقيت له المطالبة على ما كانت من قبل وازدادت يد هى من جنس الاول ، ازداد الاول توثقا به ، فهذا تفسير معنى الوثيقة فى حقيقة الاحتباس ، واليـد الثابتة على المحل •

وأما ما ذكره الخصم فلا ينبىء عنه اللفظ ولا يستدعى أن يكون وثيقة ، لان بيع المرهون حكم يأتى بعد عقد الرهن ، فهو أمر خارج عن العقد وأيضا تعين المرهون للبيع غير ثابت ، لان وفاء الدين عادة ما يقع من محل آخر ، فان الراهن يرهن الشىء ليوفى الدين من محل آخـر لا ليبيعه فى الـدين •

ومن ثم لا يكون البيع فى الدين موجب عقد الرهن ، لان المرتهن

لا يملك البيع وحده بعد حلول الاجل وقبل الوفاء الا بتسليط الراهن اياه على ذلك •

وكم من رهن ينفك عن البيع فى الدين وموجب العقد مالا يخلو العقد عنه بعد تمامه(٩) •

ويتفرع على الخلاف المتقدم فى حكم الرهن ما يأتى :

أولا : لو هلك الرهن فى يد المرتهن يتم الاستيفاء ويسقط من الدين بقدره ، ولا يكون للراهن حق الاسترداد للانتفاع ، كما فى حقيقة الاستيفاء(١٠) •

ثانيا : عند الشافعية لو هلك المرهون فى يد المرتهن هلك أمانة لا مضمونا •

ولو بقى دون هلاك كان للراهن حق الاسترداد للانتفاع به ثم الرد للمرتهن بعد الفراغ •

---

(٩) كشف الاسرار للبزدوى ـ ط دار الكتاب العربى ـ بيروت ـ لبنان سنة ١٩٧٤ جـ ٣ ص ٣٨٨ ، ٣٨٩ •

(١٠) للمرتهن أن يحبس الرهن حتى يسترد العين ، وان هلك الرهن فى يده قبل استرداد العين ، والعين قائمة يقال حينئذ للراهن سلم العين الى المرتهن وأخذ منه الاقل من قيمة الرهن ومن العين ، لان المرهون عندنا مضمون بذلك اذا وصل اليه العين يجب عليه رد قدر المضمون الى الراهن ، وان هلكت العين والرهن قائم صار الرهن بها رهنا بقيمتها ، حتى لو هلك الرهن بعد ذلك يهلك مضمونا بالاقل من قيمته ومن قيمة العين ، لأن قيمة العين بدلها وبدل الشىء قائم مقامه كأنه هو (لسان الحكام ص ٣٧٥) •

المبحث الرابع

الفرق بين الرهن وما يشبهه

لما كان الرهن عقدا كسائر العقود الاخرى ، يحتاج الى ما يحتاجه غيره من الاركان والشروط،الا أن له ما يميزه عن سائر العقود الاخرى، وان كان يتشابه معها فى بعض الاوجه ، ولذلك سنحاول جاهدين أن نبين أوجه الاتفاق ونتبعها بأوجه الخلاف ، وعندئذ يتميز الرهن عن غيره من العقود .

أولا الرهن والحوالة :

(أ) أوجه الشبه :

١ — أن كلا من الرهن والحوالة عقد رضائى ، بمعنى أنه لا يمكن أن ينعقد أحدهما الا برضا الطرفين فى الرهن ، والاطراف كلها فى الحوالة على خلاف بين الفقهاء(١١) .

٢ — أن كلا منهما عقد وثيقة ، لان الرهن شرع للتوثق ، حيث أننا أشرنا سابقا الى أن الرهن يعتبر وثيقة ناطقة بالدين ، كما أن التوثق فى الحوالة ظاهر ، لان المحال يشترط رضاه اجماعا ، ولم يقدم على قبول الحوالة الا لثقته بوفاء دينه من المحال عليه ، فتكون الحوالة عقد توثق .

---

(١) حيث اشترط بعض فقهاء المالكية رضا الأطراف الثلاثة كما ذكرنا ، وقال بعض فقهاء المالكية والحنفية يكفى رضا المحيل والمحال ، ولا يشترط رضا المحال عليه .

انظر مواهب الجليل ج ٥ ص ٩٠ ، ٩١ ، بدائع الصنائع ج٦ص١٦

(ب) أوجه الخلاف بينهما :

١ ــ الرهن ينعقد بوجود عاقدين هما : الراهن ــ والمرتهن ٠

أما الحوالة فلا تتم الا بتوافر ثلاثة أطراف هم : المحيل ــ المحال ــ المحال عليه ٠

٢ ــ تفترق الحوالة عن الرهن بكون الدين حالا فى الحوالة(١٢)، ومؤجلا فى الرهن ٠

فدين الرهن لا يكون الا مؤجلا ، لان الرهن يؤخذ عادة لضمان الدين عند حلول أجله ، ويستوفى منه ان تعذر الوفاء ٠

٣ ــ يفترق الرهن عن الحوالة من حيث مقدار الدين :

وبيان ذلك : أن الدين فى الحوالة يشترط فيه التساوى بين ما على المحيل والمحال عليه من حيث الصفة والمقدار(١٣) ، حتى يتسنى وقوع المقاصة بين الدينين ٠

أما الرهن فلا يشترط فيه التساوى بين الدين المضمون والشىء المرهون ، فقد يكون الرهن أكثر من الدين ، أو مساويا له ، أو أنقص منه ، وليس على ذلك أدنى اعتراض ٠

٤ ــ الحوالة تكون فى المطالبة ، ومن ثم محلها الذمم ، أما الرهن يضم الى جانب المطالبة عند الحلول الوفاء من الشىء المرهون ، وينبنى على ذلك أن المحال عليه اذا لم يؤد الدين سقطت الحوالة وعاد المحال لمطالبة المحيل ، بخلاف الرهن ، فعدم وفاء الراهن عند المطالبة أثناء

---

(١٢) قال ابن جزى : يشترط أن يكون الدين المحال به قد حل ٠ انظر : مواهب الجليل جـ ٥ ص ٩٣ ٠

(١٣) من حيث الصفة ، كأن يكون جياد بجياد ، وعكسها ، او حبوب بحبوب ، او نقود بنقود ، وانعدام التساوى يؤدى الى الربا المنهى عنه ٠

الحلول لا يسقط حق المرتهن ، بل يبق الشيء المرهون ضامنا لحق المرتهن .

ثانيا : الرهن والكفالة :

(أ) أوجه الشبه بينهما :

١ ـ أن كلا منهما عقد وثيقة ، بمعنى أن كلا من الرهن والكفالة شرع للتوثيق ، فالرهن وثيقة كما ذكرنا ، والكفالة فيها ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة ، فيزداد الدائن ثقة بالوفاء ، فاذا ما عجز أحدهما قام الآخر بالوفاء .

٢ ـ أن كلا منهما عقد رضائى : لان الرضا يشترط فى سائر العقود ، وخصوصا اذا كان العقد يرتب التزاما أو يترتب عليه ضمانه بل ان الرضا لا يعد شرطا ، بل ركنا بحيث اذا فقد بطل العقد أصلا ، فلا يمكن أكراه أحد الاشخاص على تقديم الرهن وأيضا اذا وجد الاكراه فى الكفالة عدت باطلة .

٣ ـ كل منهما يأخذ صفة العقيدية ، كما أن كلا منهما يعتبر من عقود الضمان .

(ب) أوجه الخلاف بينهما :

١ ـ الرهن يقع على شيء مجسم مرأى سواء كان عقارا أو منقولا أو غيرهما ، لاننا نتكلم عن الرهن الحيازى ، والحيازة : لا تكون الا على محوز .

أما الكفالة : فلا يشترط فيها ذلك ، اذ هى تثبت فى الذمة ، ويتبين ذلك من معناها ، لانها ضم ذمة الى ذمة أخرى فى المطالبة .

٢ ـ الرهن لا يتحقق الا فى الاموال فقط ، فلا يمكن تحققه فى

النفس ، فان قيل أن العبد يرهن قلنا : ان العبد عند رهنــه ينظر الى ماليته ، وقدر قيمته أما الكفالة ، فتكون فى المــال اجماعا ، وفى النفس عنــد بعض الفقهـاء(١٤) .

٣ ــ الرهن لا ينتهى بموت الراهن ، ولا بموت المرتهن ، أما الكفالة فتنتهى بموت الكفيل وان بقى المكفول به على حاله .

٤ ــ يترتب على حلول الاجل فى الرهن الوفاء ، ويكون بمطالبة المرتهن ، فان وفى الراهن فبها ونعمت ، والا انتقل الوفــاء الى الرهن فيبــاع ويســتوفى من ثمنــه .

أما الكفالة : فلن حلول الاجل يوجب المطالبة فحسب ، وان لم يقم الكفيل بالوفاء انتقلت المطالبة الى ذمة المكفول عنه .

٥ ــ وينبنى على ما تقدم أن الرهن كما قلنا لا ينقضى بمــوت أحدهما ، ولا يحل الدين ، لان المرتهن آمن من مزاحمة الغرماء بخلاف الكفالة بالدين ، فاذا مات أحدهما حل الدين ، وان كان مؤجلا ، وذلك لخــراب ذمــة الميت(١٥) .

ثالــثا : الرهــن والهبــة :

(أ) أوجــه الشــبه :

١ ــ أن كلا من الرهن والهبة عقد ، فصفة العقدية تشملهما .

٢ ــ أن كلا منهما عقد رضائى ، وكما ســبق أن قلنا أنه لا يمكن أن ينعقــد عقد يكره عليه طرفاه أو أحدهما .

---

(١٤) عند المــاوردى والشــيعة الامامية لا يكون الضــمان الا فى الأموال فقط ، والكفالة عند المــاوردى لا تكون الا فى النفس فقط .
انظر : مغنى المحتاج جـ ٢ ص١٩٨ ، شرائع الاسلام جـ ٢ ص ١٥٠

(١٥) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٢٠٨ .

٣ ــ الهبة عقد تبرع ، والرهن عند بعض الفقهاء(١٦) يعد من عقود التبرعات ، وعلى هذا القول فهما يشتبهان فى صفة التبرع .

(ب) أوجــه الخـــلاف :

١ ــ الهبة تكون بدون مقابل ، وأما الرهن فبمقابل ، بمعنى أن الشىء المرهون يقابل الدين المضمون ، أما فى الهبة فليس فيها مقابل الا اذا كانت مشروطة بعــوض .

٢ ــ المرهون يرجع للراهن عند حلول الاجل متى قام بالوفاء ، أما الموهوب فلا يرجع الى الواهب لانه لا أجل فى هــذا العقــد الا فى هبـــة المنـــافع .

٣ ــ الهبة لا تتم ولا تلزم الا بالقبض ، فالقبض يعـد ركنا فيهـا عند الجمهور ، أما الرهن فالقبض فيه شرط وليس ركنا .

٤ ــ الهبة عقد تبرع محض ابتداء وانتهاء وهــذا لا خـــلاف فيه ، أما الرهن فعند الجمهور ليس من عقود التبرعات ، بل من عقود التوثق كمـا ذكـرنا .

وأرى أن صفة التبرع لا تظهر فى الرهن بحال ، لان الراهن لو ترك وشأنه لاخذ المال وانتفع بالعين ، ولكن عدم ثقة الدائن فى الراهن جعله لا يقدم له الدين الا اذا أخذ رهنا يتوثق به ، هذا فى الابتداء . أما فى الانتهاء فان الشىء المرهون يظل ضامنا للدين المضمون حتى يقــوم الراهــن بالوفاء .

---

(١٦) قال النووى فى المنهاج : ويصح الرهن لأنه تبرع ، فلم يؤثر فيه الشرط المخالف لمقتضى العقد .

وتبع النووى بعض شراح المنهاج كالرملى وأبى الضياء الشبراملسى فى أنه عقد تبرع .

انظر : المنهاج جـ ٤ ص ٢٣٥ مطبوع مع نهاية المحتاج ، نهاية المحتاج جـ ٤ ص ٢٣٥ ، حاشية ابى الضياء الشبراملسى جـ ٤ ص ٢٣٥

ولعل وجهة من قال بأن الرهن عقد تبرع رأى أنه يجوز للراهن أن ينتفع بالرهون بعد القبض حتى ولو لم يأذن المرتهن ، وسبق أن قلنا بأن هذا يتنافى مع الحبس الدائم .

رابعا : الرهن والبيع :

(أ) أوجه الشبه :

١ ــ أن كلا منهما عقد يحتاج الى ايجاب وقبول .

٢ ــ أن كلا منهما عقد رضائى يتم برضا طرفيه ، فلا ينعقد بالكراه أحدهما .

(ب) أوجه الخلاف :

١ ــ من حيث التسليم : بمعنى لو كان المبيع غائبا لا يلزم المشترى تسليم الثمن مطلقا لانعدام المثمن .

أما الرهن اذا كان غائبا عن المصر فيجوز احضاره ولو قبل أخذ الدين ، الا اذا كان يضيف احضاره مؤنة على المرتهن ، فلا يلزمه احضاره قبل أخذ الدين .

٢ ــ اذا أعار المرتهن الرهن من الراهن لم يبطل حقه فى الحبس، فله رده . أما اذا أعار البائع المبيع أو أودعه من المشترى سقط حقه ، فلا يملك رده .

٣ ــ من حيث الاسترداد : بمعنى أن البائع اذا قبض الثمن وسلم المبيع للمشترى ثم وجد فيه زيوفا ورده ليس له حق استرداد المبيع . أما فى الرهن فالراهن له حق الاسترداد اذا وجد فى الدين زيوفا .

٤ ــ وينبنى على ما تقدم أن المشترى لو قبض باذن البائع بعد نقد الثمن وتصرف فيه ببيع أو هبة ثم وجد البائع بعض الثمن زيوفا

الرهن له ابطال تصرف المشترى ، بخلاف الراهن حيث يحق للراهن ابطال تصرفات المرتهن فى الشىء المرهون متى وجد فى الدين زيوفا(١٧) •

٥ ــ البيع يبطل بالشرط الفاسد ، وتعليق البيع بكلمة « ان » الشرطية باطل ، الا أن يقول « بعت ان رضى أو أبى » •

أما الرهن فلا يبطل بالشرط الفاسد(١٨) •

---

(١٧) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٧٧ •

(١٨) المرجع السابق ص ٣٦٨ •

الفصل الثالث

خصائص الرهن

ويحتوى على المباحث الآتية :

الاول : خصائص الرهن الحيازى وفيه ثلاث مطالب .

الثانى : تعريف الرهن الرسمى وخصائصه .

الثالث : الفرق بين الرهن الرسمى والحيازى .

الرابع : حكم الرهن الرسمى .

المبحث الاول

خصائص عقد الرهن

لعقد الرهن خصائص ، والمراد هنا ، الرهن الحيازى حتى لا يختلط بغيره من الرهن الرسمى(١) أو الرهن التأمينى ، وهذه الخصائص هى :

١ ـ أنه عقد رضائى .

٢ ـ عقد تابع .

٣ ـ عقد لا يقبل التجزئة .

---

(١) وسيأتى بيان وجه الشبه والفروق بين كل من الرهن الحيازى والرهن الرسمى .

المطـــلب الاول

١ ــ الخاصية الاولى : عقد رضائى :

الرهن عقد كسائر العقود التي تجرى بين الناس ويتعامل بها فى كل يوم كثير من الاشخاص خاصة التجار فلابد من توافــر صـــفة الرضائية فيه ، ذلك لقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم »(٢) •

دلت الآية على معنيين :

الاول : هو النهى عن أكل الاموال بالباطل •

والثاني : لمـــا كان النهي يقتضى التحريم المؤبد ، ولو ظــل على اطلاقه لاقتضى تحريم التجارة الرابحة ، فجاء الاستثناء لحل التجارة وخروجها من النهى العام ، وكذلك أنواع المعاملات التى تخدم مصالح النـــاس ومنهـــا الرهن •

والرضا ينبىء عن انعقاد الرهن بمجرد تلاقى ايجاب وقبـــول متطابقين ، وبعد ذلك لا ضرورة لتسليم الشىء المرهون ، اذ التسليم التزام لا ركـــن •

وبعد الرضا وانعقاد العقد يكون الرهن الحيازى ملزم للجانبين ، الى جانب التزامات الدائن المرتهن(٣) ، يلتزم المدين الراهن بتسليم العين المرهونة منقولا كانت أو عقارا الى الدائن المرتهن ، وهذا التسليم يكون التزاما فى ذمة المدين لا ركنا فى العقد(٤) •

---

(٢) النساء آية ٢٩ •

(٣) كالمحافظة على الرهن والقيام عليه واستثماره وتنميته الخ •

(٤) بدائع الصنائع جـ ٥ ص ١٥٤ ، لســان الحكام ص ٣٧٤ ، الوسيط جـ ١٠ ص ٧٤٢ •

المطلب الثاني

الخاصية الثانية : الرهن عقد تابع :

يتبين من تعريف الرهن على اختلاف المذاهب الفقهية أنه عقد تابع ، ومعنى التبعية أى أنه لا ينشأ مستقلا بذاته ، وانما ينشأ تبعا لغيره ، فربما كان هناك شخصان يتجران وكان لاحدهما عند الآخر مبلغ من المال واراد الطرف الآخر أن يكون المبلغ دينا ، ولم يأمنه على ما لديه ، ولم يستطع من عليه المبلغ سداده ، فطالب من له الدين بتقديم ضمان لهذا المبلغ ، فيكون الرهن المقدم ضمانا وثيقة لهذا الدين أي تابعا له •

والتعريفات المتقدمة كما ذكرنا تنبيء عن هذا المعنى فمثلا ما عرف به الحنفية أن الرهن هو : حبس شيء بحق •• الخ ، فقد جاء الحبس وهو الرهن تابعا لشيء آخر وهو الحق •

وما عرف به المالكية : بأنه بذل من له البيع ما يباع أو غررا ولو اشترط فى العقد وثيقة بحق ، فدل هذا التعريف أيضا على أن المرهون ما قدمه راهنه الا ليكون وثيقة للحق الذى كان مقررا عليه قبل ذلك •

وتعريف كل من الشافعية والحنابلة حيث قالوا : جعل عين مالية وثيقة بالدين يدل على أن جعل المال المرهون وثيقة جاء بسبب الدين فكان له تابعا(٥) •

وتبعية الرهن لغيره ظاهرة لاسيما في التجارة ، حيث يقول الكاساني :

---

(٥) انظر فى كل هذا : حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٣١٧ ، الشرح الكبير للدردير جـ ٣ ص ٣٢١ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٢١ ، المغنى والشرح الكبير جـ ٤ ص ٣٦٦ •

ولـه أن يرهن ماله بدينه ، لان الرهن من توابع التجارة ، لان التاجر يحتاج اليه ، ولانه قضاء للدين ، وهو يملك قضاء دينه من ماله فيملك الرهن بدينه أيضا ، وله أن يرهن ماله بدين نفسه أيضـــا ، لان عين المرهون تحت المرتهن ضامنة للدين(٦) •

المطـــلب الثـــالث

الخاصية الثالثة : أنه عقد لا يقبل التجزئة :

من خصائص عقد الرهن أنه لا يقبل التجـــزئة بمعنى أن جميـــع المرهون ضامن لجميع الدين ، وجميع الدين مضمون بكل الرهن •

قال ابن عرفة : كل جزء من الرهن بكل جزء من الدين الذى هـــو رهن فيه ، أى فى الدين كله فى كل جزء من الرهن •

وفى المدونة الكبرى للامام مالك : من ارتهن دابة أو دارا أو ثوبا فاستحق نصف ذلك من يد المرتهن فباقيه رهن بجميع الحق •

وفى المختصر : اذا قضى بعض الدين أو سقط فجميع الدين فيمـــا بقى ، ولا يدرك الراهن أن يرد له من الرهن ما يقابل ما مضى من الدين أو سقط الا أن رضى المرتهن •

قال العـــــاصمى :

والرهن محبوس بباقى ما وقـــع فيه ولا يرد قدر ما اندفع

وفى المنهـــاج : اختلفوا ان كان الرهن يتجزأ بلا ضرر وســـلم الراهن بعض ما عليه ، فقيل : ان طلب أن يأخذ من الرهن بقدر ما أدى

---

(٦) بدائع الصنائع جـ ٥ ص ١٥٤ •

من الحق جاز له ، وقيل : الرهن كله ثابت فيما بقى منه لانه منعقـل فيه حتى يفكه بجميع ما رهن فيه ، وان كان يتجزأ بقسـم أو عـدد لا يكيل أو وزن فالاكثر أنـه ان كان لا ينقسم ولا يتجزأ الا بالضرر كسيف أو ثوب فلا يمكن للراهن أخذ بعضه ، فلا ينفك من الرهن الا بدفع جميع ما رهن فيـه(٧) .

(٧) شرح النيل وشفاء العليل ج ١١ ص ٦٨ : ٧١ .

المبحث الثاني

الرهن الرسمي وخصائصه

تعريف الرهن الرسمي :

لما كان الرهن الحيازى هو المعروف لدى الفقهاء والمعمول به دون اعتراض من أحد والجواز الشرعي ينصرف اليه لذلك اذا اطلق لفظ الرهن انصرف اليه •

ولكن هناك نوعا آخر من الرهن هو ما يسمى بالرهن الرسمى ، ومن ثم سنعرفه ونذكر خصائصه ونفرق بينه وبين الرهن الحيازى ، ثم نذكر حكمه مع توضيح آراء الفقهاء فيه :

تعريفه : الرهن الرسمى عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقا عينيا ، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أى يد يكون(٨) •

ويلاحظ أن هذا التعريف مأخوذ من نص مواد القانون المدنى ، ولذلك جاء التعريف على غير ما يقول به الفقهاء ، فكان فيه طول ، ولعل عذرهم في ذلك أنهم يحاولون جمع كافة الأطراف التى يحتاج اليها في العقد،بل ربما ذكروا الآثار المترتبة على هذا العقد وضموها للتعريف وجعلوها جزءا منه ، ويدل لما نقول ما جاء في النص المتقدم أن العقد يخول للدائن التقدم على كافة الغرماء والدائنين التاليين له في المرتبة، وهذا يعد أثر من اثار العقد ، كما أنهم جعلوا للمرتهن حق التتبع والأفضلية وذكروا ذلك صراحة مع العلم بأن ذلك أثر •

---

(٨) الوسيط للسنهورى جـ ١٠ ص ٢٦٨ •

ولا يعنينا أن نطيل الكلام فى هذا وانما ننتقل الى عنصر آخر وهو بيـان خصائصه

الخصـائص :

بالنظر والبحث فى خصائص الرهن الرسمى وجدناه يشترك مع الرهن الحيازى فى خاصيتين هما : التبعية ، وعدم التجزئة •

وينفرد الرهن الرسمى بكونه حقا عينيا عقاريا ، ونتكلم عن هذه الخاصـية بانفـرادها :

١- حـق عينى عقـارى :

يعطى حق الرهن الرسمى للدائن المرتهن حقاً عينياً عقاريا بجميع ما ينتج عن هذا الحق من مزايا وضمانات عينية ، فيعطى هـذا الحق العينى للدائن حق التقدم والتتبع كما ذكرنا •

فحق الرهن الرسمى ليس اذن جزءا من حق الملكية كحق الارتفاق وحق الانتفاع ، بل هو حق الملكية ذاته (أو حق عقارى آخر) وضع ضمانا لدين معين •

واذا كان الرهن الرسمي حقا عقاريا تابعا لدين ، فان هذه التبعية تظهر فى أمور معينة،منها أن ينتقل الدين ومعه الرهن الرسمى للموصى له من الدائن المرتهن ، ومنها أن ينتقل الدين ومعه الرهن الرسمى كذلك الى المحال له ، ولكن الرهن الرسـمى يبقى مع ذلك حقا عقاريا ، فاذا أراد الدائن المرتهن أن يتخلى عنه أو أن يحيله لشخص آخر ، وجب أن يكون لهذا الدائن الأهلية اللازمة لنقل العقار(٩) •

(٩) المرجع السابق جـ ١٠ ص ٢٧١ •

المبحث الثالث

الفرق بين الرهن الحيازى والرهن الرسمى

بالبحث والنظر وجدنا أن الرهن الحيازى والرهن الرسمى يتفقان فى أوجه ويختلفان فى أخرى .

(أ) أوجه الاتفاق :

١ ـ ان كلا منهما عقد يحتاج الى ايجاب وقبول بحيث توجد فى كل منهما ارادتان متطابقتان .

٢ ـ أن كلا من الرهن الحيازى والرسمى يكون ضامنا لدين مؤجل فلو كان الدين معجلا لما سمى العقد رهنا .

٣ ـ أن كلا من الرهن الحيازى والرهن الرسمى الحكمة منه الاستيثاق لأن الرهن يلجىء المرتهن الى الاستيفاء منه عند عجز الراهن عن الوفاء اذا حل الاجل .

(ب) ويفترقان فى أمور :

١ ـ أن الرهن الحيازى يشترط فيه القبض فلو انعدم القبض انعدم شرط من شروط صحة الانعقاد لأن الله تعالى قد نص عليه حيث قال (فرهان مقبوضة) وأما الرهن الرسمى فلا يشترط فيه القبض بل يكتفى فيه بأن تجعل العين ضامنة للدين وان لم تقبض .

٢ ـ الشكلية فى الرهن الحيازى غير مطلوبة بينما تطلب الشكلية فى الرهن الرسمى بمعنى أن تقديم الرهن للمرتهن مشروط فى الرهن الحيازى عند عدم وجود الكاتب أو أدوات الكتابة وهذا يتضح من قول الله تعالى « ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة .. الآية » .

ومفهومها ان وجدتم كاتبا فلا رهن بل عندئذ يكون الرهن

استدانة يدخل تحت قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه .. الآية » أما الرهن الرسمى فالشكلية فيه تعد ركنا وفقدها يبطله ومن ثم اذا لم يكتب عقد الرهن الرسمى بالطرق المقررة قانونا ويشهر ويشهد عليه يعد العقد باطلا بطلانا مطلقا .

٣ — من حيث الشيء المرهون : فالرهن الحيازى يرد على العقار والمنقول وان كان المنقول مما يغلب عليه فلا يتقيد الرهن الحيازى بوروده على شيء معين ، أما الرهن الرسمى فهو حق عينى عقارى فلا يرد على منقول،وان كان المنقول شيئا مجسما ولو كان مما لا يغلب عليه ، ولعل السبب فى ذلك هو أن العقار المرهون رهنا رسميا يمكن للمرتهن أن يتتبعه فى أى يد كان سواء كان فى يد راهنه أو غيره ، وهو ما يسميه القانونيون بالحق العينى التبعى .

٤ — من حيث الانتفاع بالشيء المرهون : أن الراهن فى الرهن الحيازى ليس له حق استرداد المرهون ولا الانتفاع به سواء أذن المرتهن أو لم يأذن عند الاحناف ، لان الاسترداد يخل بالحبس الدائم وان كان المالكية يجوزون الانتفاع للراهن بشرط اذن المرتهن ووافقهم فى ذلك الحنابلة ، وعند المالكية يفوت الحوز ، وعند الحنابلة يفوت اللزوم،أما الشافعية فقد أجازوا للراهن الانتفاع بالمرهون أذن المرتهن أو لم يأذن ،أما من حيث المرتهن فانه فى حال الرهن الحيازى والرسمى لا يحق له أن ينتفع بالمرهون الا بمقابل وفى وجوب صيانته وحفظه للمرهون وفى استغلاله لمصلحة الراهن .

٥ — ومن أوجه الخلاف أيضا أن القوانين الوضعية التى أنشأت الرهن الرسمى نصت على جواز أخذ فائدة معينة لا ينبغى تجاوزها فى مقابل الانتفاع من المدين (الراهن). وهذا يعد من قبيل التعامل

بالربا المنهى عنه ، حيث قال الله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا ان كنتم مؤمنين »(١٠) •

أما الرهن الحيازى فليس فيه أى فائدة وان قلت لأن النص عليها يعد من قبيل المحرمات المنهى عنها •

المبحث الرابع

حكم الرهن التأمينى « الرسمى »

رأينا من تمام الفائدة أن نذكر حكم الرهن الرسمى خصوصا أننا قد ذكرنا حكم الرهن الحيازى ، وبينا صفة هذا الحكم وذكرنا فيه محل الاتفاق ومحل الخلاف ، وهنا نتساءل عن حكم الرهن الرسمى هل هو جائز أو غير جائز ؟ أو بمعنى آخر : اذا ما انعقد الرهن الرسمى هل يأخذ صفة المشروعية ، أو عدم المشروعية ؟

ونجد الفقهاء قد انقسموا فى حكم الرهن الرسمى الى فريقين، فريق يؤيده ، وفريق يعارضه ، وسنحاول ذكر وجهة نظر كل فريق مع أدلته ونرجح ما نختاره بالدليل دون تحيز ، تدفعنا الى ذلك مصلحة الناس على وجه عام ، وتجلية معنى الحلال والحرام ، فيما يوصف به الرهن الرسمى من أحكام ، وذلك على النحو التالى :

ويمكن أن يؤصل الحكم على أساس :

(أ) القبض وعدمه •

(ب) حل انتفاع الراهن بالمرهون •

(ج) دوام الحبس للشيء المرهون وعدمه •

وهذه الأسس الثلاث نقوم بتجليتها وبيان آراء الفقهاء فيها وكلما اتضحت هذه الأسس اتضح حكم الرهن الرسمى •

---

(١٠) سورة البقرة الآية رقم ٢٧٨ •

(أ) أما من حيث القبض :

فقد اتفق الفقهاء بلا استثناء بأن قبض المرهون مشروط فى عقد الرهن ، بحيث لم يشذ عن هذا الرأى أحد ، ونص عبارات الفقهاء فى ذلك جاءت واضحة لا لبس فيها ولا غموض وبيان ذلك :

١ ـــ ما جاء في كتاب البدائع عن القبض أن المعتبر في القبض أنه شرط وهذا عند عامة الفقهاء وان كان زفر قد خالف في ذلك فقال ان القبض ركن وبنى قوله على قياس الرهن على الهبة فالقبض ركن فيها فكان فى الرهن ركنا كالقبول ، واعتمد من قال أن القبض شرط على قول الله تعالى « فرهان مقبوضة » ولو كان القبض ركنا لصار مذكورا بذكر الرهن فلم يكن لقول الله تعالى « مقبوضة » معنى ، فدل ذكر القبض مقرونا بذكر الرهن على أنه شرط وليس بركن ، ووصف الله تعالى الرهن بكونه مقبوضا يقتضى أن يكون القبض فيه شرطا صيانة لخبر الله تعالى عن الخلف ، ولأن الرهن عقد تبرع للحال فلا يفيـــد الحكم بنفســـه كســـائر التبرعات .

وينبنى على ذلك أنه (لو تعـــاقدا على أن يكون الرهن في يد صاحبه لا يجوز الرهن ، حتى لو هلك فى يده ، لا يســقط الدين ، ولو أراد المرتهن أن يقبضه من يده ليحبسه رهنا فليس له ذلك ، لأن هذا الشرط فاسد أدخلاه فى الرهن فلم يصح الرهن)(١١) .

وبالنظر فى عبارة البدائع : يتضح لنا ما يأتى :

أولا : النص على أن القبض شرط وليس بركن .

ثانيا : أنه لو نص على أن الرهن يظل فى يد الراهن ولا يقبضه المرتهن ، لأدى ذلك الى فساد الرهن لاقتران العقد بما يفسده .

---

(١١) انظر بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٣٧ .

ثالثا : لو أراد المرتهن أن يقبضه بعد ذلك لم يصح هذا القبض لفساد العقد المترتب عليه •

٢ — وقال الشافعية بشأن القبض ما نصه قال النووى فى المنهاج (ولا يلزم الا بقبضه ممن يصح عقده) وتبعه شارحه فى مغنى المحتاج بقوله : (ولا يلزم الرهن من جهة الراهن الا بقبضـــه ، أى المرهون لقوله تعالى «فرهان مقبوضة ، فلو لزم بدون القبض ، لم يكن للتقييد به فائدة ، ولأنه عقد تبرع يحتـــاج الى القبول فلا يلزم الا بالقبض كالهبة والقرض »(١٢) •

ويتبين من مقالة الشافعية فى القبض :

أولا : أن القبض شرط •

وثانيا : ان عقـــد الرهن لا يلزم الا بالقبض ، فاذا فات القبض فات اللزوم ويتبين ذلك من قياســـهم القبض فى الرهن على القبض فى الهبـــة •

٣ — قال الحنابلة : ان القبض شرط اتفاقا مع الحنفية والشافعية وان كان بعضهم قد فرق بين المكيل والموزون وغيرهما فاشترط القبض فى المكيل والموزون دون غيرهما ، وقد بان خطـــأ فهمه بوجود عبارة الخرقى ويدل لمـــا نقول القبض الوارد عنهم ، وهو كما يأتى :

« قال : ولا يصح الرهن الا أن يكون مقبوضا من جائز الأمر » يعنى لا يلزم الرهن الا بالقبض ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى وقال بعض أصـــحابنا ما كان مكيلا أو موزونا لا يلزم رهنـــه الا بالقبض ، وفيما عداهما روايتـــان احداهما : لا يلزم الا بالقبض ، والأخرى : يلزم بمجرد العقد كالبيع ، وقد نص أحمد على هذا فى رواية الميمونى

---

(١٢) انظر مغنى المحتاج لمعرفة ألفاظ المنهاج جـ ٢ ص ١٢٨ •

وحمل القاضى كلام الخرقى على المكيل والموزون خاصة وليس بصحيح، فان كلام الخرقى مع عمومه قد أتبعه بما يدل على ارادة التعميم وهو قوله : « فان كان مما ينقل فقبضــه أخذه اياه من راهنه منقولا ، وان كان مما لاينقل كالدور والأرضين فقبضه بتخلية راهنه بينه وبينه » •

واستدلوا على قولهم بما يأتى :

(أ) بقــوله تعــالى « فرهان مقبوضــة » حيث وصف الرهن بكونه مقبوضـــا •

(ب) ولأن الرهن عقــد ارفاق يفتقر الى القبــول فيفتقر الى القبض كالقــرض •

(جـ) ولأن الرهن اذا لم يقبض بموجبة العقد فلا يلزم العقد ، ولا يقاس على البيع فانه معاوضة وليس بارفاق(١٣) •

٤ ــ وقد وافق الظاهرية والشيعة الشافعية والحنفية والحنابلة فى القول باشتراط القبض فى عقد الرهن ، وخلوه عن القبض يؤدى الى فساد العقــد •

وقد استدل الظاهرية والشيعة بما استدل به السابقون من الآية، وزاد الظاهرية الاستدلال بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « أقبض الدرع الذى له الدين » فهو القبض الصحيح(١٤) •

وأما الشيعة فوق استدلالهم بالآية ، أتوا بأمثلة يصورون فيهــا القبض ، ويشـــترطونه ، حتى لو كان المرتهن قد قبض الرهن بسبب آخر غير الرهن ، فلا يعتبرون هذا القبض ، بل لابد من قبض الرهن عند الانعقــاد ، وهــذه الأمثلة هى : « لو كان المرهون فى يد المرتهن

---

(١٣) انظر المغنى والشرح الكبير جـ ٤ ص ٣٦٨ ، ٣٦٩ •
(١٤) انظر المحلى لابن حزم جـ ٥ ص ٨٨ •

بالوديعة أو بالعارية أو بالقرض فلا ينتقل الى الرهن حتى يقبضه منه صاحبه ، ثم يرده فى يد المرتهن على سبيل الرهن سواء كان ذلك فى يد المرتهن أو فى يد غيره ، فما كان أمانة فلا ينتقل رهنا قبل القبض كما أن ما كان مضمونا فلا ينتقل الى الأمانة »(١٥) ٠

ولم يخالف فى عدم اشتراط القبض سوى مالك ، حيث لم يشترط القبض فى الرهن عند الانعقاد ، ولا يفوت لزوم العقد ، ويمكن أن يقبضه المرتهن ما دام الراهن لم يمت أو يفلس ، دون تقييد بحال الانعقاد ويدل لما نقول عبارة مواهب الجليل شرح مختصر خليل حيث أجاب فى مسألة رهن الدار الغائبة والشىء الغائب أنه يصح ويشترط فى اختصاص المرتهن أن يقبضه هو أو وكيله قبل موت الراهن أو فلسه وهو كالآبق والشارد بل أحرى بالجواز ، فان مات الراهن أو فلس قبل قبض المرتهن أو وكيله بطل الرهن ولو جد فيه »(١٦) ٠

(ب) أما من حيث انتفاع الراهن بالمرهون فهو كما يلى :

ان انتفاع الراهن بالمرهون منعه الحنفية والشيعة الاباضية وتدل عبارتهم على هذا المنع ونصها مايأتى :

(أ) قال صاحب البدائع : « ليس للراهن أن ينتفع بالمرهون استخداما وركوبا ولبسا وسكنى وغير ذلك » وقد استدل على هذا بقوله « أن حق الحبس ثابت للمرتهن على سبيل الدوام ، وهذا يمنع الاسترداد والانتفاع »(١٧) ٠

---

(١٥) انظر كتاب الايضاح للشماخى ج ٧ ص ١٦٠ ط وزارة الثقافة / سلطنة عمان ١٩٨٣ ٠

(١٦) انظر مواهب الجليل ج ٥ ص ٣ ٠

(١٧) انظر بدائع الصنائع ج ٦ ص ١٤٦ ٠

(ب) وجاء فى كتاب شرح النيل وشفاء العليل « وان غرس راهن فى أرض الرهن غروسا بلا اذن مرتهنها،وان كان باذن فأولى بانفساخ ولمرتهنها نزع الغرس ، وان تركه ولم ينزعه انفسخ الرهن لأن ابقاءه اذن فى انتفاع بالرهن وتحويل ليده فى الرهن ولذلك يدرك عليه النزع مع أن ملكه لم يزل عن الرهن »(١٨) ٠

أما الشافعية والظاهرية فقد أجازوا للراهن الانتفاع بالمرهون مطلقا بدون استثناء لشيء من الرهون ووافقهم المالكية فى جواز الانتفاع بالمرهون فيما عدا منفعة الحيوان والثياب والعروض ٠

ويتضح ذلك فيما نقل عن الشافعية فى مغنى المحتاج اذ قال النووى « وله كل انتفاع لا ينقصه كالركوب والسكنى » وتبعه شارح المنهاج بقوله « للراهن كل انتفاع لا ينقصه » أى المرهون كالركوب والاستخدام والسكن استدلالا بالخبر الذى رواه الدارقطنى والحاكم « الرهن مركوب ومحلوب » ويقاس على ذلك غيره واستثنى البناء والغرس(١٩) ٠

ويتضح من هذا النقل اباحة الانتفاع للراهن بالمرهون أذن المرتهن أو لم يأذن وقد نقل عن الظاهرية فى جواز انتفاع الراهن بالمرهون ما يلى : « ومنافع الرهن كلها للراهن كما كانت قبل الرهن فيما عدا الركوب والحلب فانه للمرتهن ان انفق عليه ولا يحسب من دينه قل أو كثر ٠٠٠ أما من خالفنا فانه يخالف القرآن والسنة والمعقول »(٢٠) ٠

---

(١٨) انظر شرح النيل وشفاء العليل جـ ١١ ص ١٤٥ ، ١٤٦ ٠

(١٩) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٢٩ ، ١٣٠ ٠

(٢٠) المحلى لابن حزم جـ ٥ ص ٨٩ ، ٩٠ ٠

أما الحنابلة فعندهم لا يجوز للراهن أن ينتفع بالمرهون بأى لون من ألوان الانتفاع أو يتصرف فيه بأى نوع من التصرفات الا اذا أذن المرتهـــن (٢١) •

فان أخرجه المرتهن الى الراهن فات اللزوم بحيث ان عاد الرهن الى المرتهن عاد اللزوم مرة أخرى(٢٢) •

(ج) أما من حيث الحبس فنجد أن الجميع قد اتفقوا على ثبوت يد المرتهن على الرهن بمقتضى العقد أما من حيث الحبس الدائم الذى يمتد من بداية العقد الى حلول أجل الدين فلم يقل بالحبس الدائم الا الحنفية والشيعة الاباضية ، فقد قال الحنفية : « ان حق الحبس ثابت فى الرهن على سبيل الدوام الى وقت الفكاك ••

واستدلوا على ذلك بما يلى :

١ ــ قوله تعالى : « وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة »(٢٣) •

وجه الدلالة : حيث أخبر الله بكون الرهن مقبوضا واخباره تعالى لا يحتمل الخلل فاقتضى أن يكون المرهون مقبوضا ما دام مرهونا •

٢ ــ ولأن الرهن فى اللغة عبارة عن الحبس قال تعالى : « كل امرىء بما كسب رهين » أى حبس،فيقتضى أن يكون المرهون محبوسا ما دام مرهونا ، ولو لم يثبت منك الحبس على الدوام لم يكن محبوسا على الدوام فلم يكن مرهونا •

٣ ــ ولان الله تعالى لمـــا سمى العين التى ورد العقد عليها رهنـــا

---

(٢١) انظر الشرح الكبير مع المغنى جـ ٤ ص ٣٩٧ •

(٢٢) انظر المرجع السابق جـ ٤ ص ٣٨٧ •

(٢٣) الآية ٢٨٣ ــ سورة البقرة •

وأنه ينبىء عن الحبس لغة كما دل عليه اللفظ لغة ، صار حكما له شرعا، لأن للأسماء الشرعية دلالات على أحكامها كلفظ الطلاق والعتاق والحوالة والكفالة ونحوها .

٤ ــ ولأن الرهن شرع وثيقة بالدين فيلزم أن يكون حكمه ما يقع به التوثيق للدين كالكفالة وانما يحصل التوثيق اذا كان يملك حبسه على الدوام لانه يمنعه عن الانتفاع فيحمله ذلك على قضاء الدين فى أسرع الاوقات ، وكذا يقع الأمن عن تواء حقه بالجحود والانكار(٢٤).

وأما الشيعة فقد نقل عنهم ما يفيد بأن حبس المرهون لابد منه وخروج الرهن من تحت يد المرتهن يتنافى مع الحبس الدائم(٢٥) .

وأما الشافعية والحنابلة والمالكية وان كانوا يشترطون ثبوت اليد الا أنهم لا يشترطون الحبس الدائم لدى المرتهن بل يجوزون للراهن أن يسترجع الرهن سواء أذن المرتهن أو لم يأذن عند الشافعية وان كان يفوت اللزوم عند الحنابلة ويظل الانعقاد قائما ويفوت الحوز عند المالكية ويوافقهم فى ذلك الظاهرية .

ويؤيد ما نقول ما نص عليه الشافعية فى كتبهم حيث جاء فى المنهاج أنه « اذا لزم الرهن فاليد فيه للمرتهن ولا تزال الا للانتفاع» وتبعه صاحب مغنى المحتاج حيث قال (اذا لزم الرهن بالاقباض فاليد فيه ، أى المرهون للمرتهن ، لأنها الركن الاعظم فى الوثوق ، ولا تزال الا للانتفاع ، وهذا فى الغالب والا فقد لا تكون له اليد،كما لو رهن رقيقا مسلما أو مصحفا وكان المرتهن كافرا ، أو سلاحا وكان من حربى فيوضع عند من له تملكه)(٢٦) .

---

(٢٤) انظر بدائع الصنائع ج ٦ ص ١٤٥ .

(٢٥) انظر كتاب الايضاح للشماخى ج ٧ ص ١٧٤ ، ١٧٥ .

(٢٦) انظر مغنى المحتاج شرح المنهاج ج ٢ ص ١٣٣ .

وأما الحنـــابلة :

ويدل على قول الحنابلة ما جاء فى الشرح الكبير (ان أخرجــه المرتهن الى الراهن باختياره زال لزوم الرهن)(٢٧) •

ويدل لقول الظاهرية قولهم : (ان منافع الرهن كلها للراهن عدا الركوب والحلب فهى للمرتهن اذا أنفق)(٢٨) •

وبعد تأصيل هذه الأسس وجمع النقول حولها نحاول أن نبرز مدى أهميتها والنتائج المترتبة عليها ، وهل يمكن تطبيقهـــا على الرهن الرسمى أم لا ؟ فنقـــول :

أولا : ان القبض وان كان شرطا الا أنه يكاد أن يكون مجمعـــا عليه ، الا عند المـــالكية فهم يجوزون رهن الغرر الذى لا يمكن قبضه، وعندئذ يكون العقـــد عندهم صـــحيحا ، وقد قلت أكثر من مرة انهم يراعون فى هذا جانب الراهن ، وحاجته الماسة ، هذا وان كان فى الرهن الحيازى ، فالرهن الرســـمى لا يتحقق فيه القبض المشروط فى الرهن الحيازى ، وان كان عند المـــالكية يستوى الرهن الحيـــازى والرهن الرســـمى ، لأن القبض عنـــدهم ليس مشروطا ، وان كانوا يجعلون لامرتهن حق المطالبة بالمرهون ما لم يمت الراهن أو يفلس ، فالمطالبة يمكن أن تتحقق فى الرهن الرسمى كما هى فى الحيازى ، لا سيما وأن المرهون يعتبر ضامنا لدين المرتهن ولمرتهن حق التتبع للرهن فى أى يد كان كما أن ســـائر الفقهاء جعلوا القبض شرطا وليس ركنا ، وانعدام الركن فى العقد يبطله ، وانعدام الشرط فيه لا يؤدى الى ابطاله ، وربما اقترب الحنابلة من المـــالكية عندما قالوا : ان أخـــذ الراهن المرهون

---

(٢٧) انظر الشرح الكبير مع المغنى جـ ٤ ص ٣٨٧ •

(٢٨) انظر المحلى جـ ٥ ص ٨٩ •

برضا المرتهن ، انعدم القبض ، وفات اللزوم ، وبقى الانعقاد ، فمادام الانعقاد قائما يمكن أن تحل المطالبة محل القبض ، وان كانت المطالبة محددة بحلول الدين •

مع ملاحظة أن المالكية والحنابلة يعتبرون رضا المرتهن فى انعدام القبض ، لان فقد الرضا يؤدى الى الابطال ، وقد تقدم أن عقد الرهن من خصائصه الرضائية ، وهنا يكون عقد الرهن الرسمى المنعدم فيه القبض ، فات فيه الحوز عند المالكية ، واللزوم عند الحنابلة ، مع ملاحظة أن ذلك جائز عندهما •

ثانيا : من حيث الانتفاع نجد أن غالبية الفقهاء يجيزون انتفاع الراهن بالرهن ، واسترداده بعد قبضه ، وان كان منهم من يشترط رضا المرتهن ، ومنهم من لا يشترطه ، حتى من اشترط القبض وهم الشافعية والحنابلة والظاهرية • أجازوا الانتفاع للراهن ، ونجد الشافعية يقولون بالرغم من اثبات يد المرتهن على الرهن ، الا أنه لا يمنع الراهن من الانتفاع بالرهن ، ولم يمنع الانتفاع سوى الحنفية والشيعة ومنعهم الانتفاع عن الراهن راجع الى أن القبض والحبس الدائم صفتان لازمتان للرهن لا يمكن انفكاكهما عنه ، ومن ثم لا تتحقق المنفعة مع وجودهما •

والرهن الرسمى ينتفع به الراهن طوال المدة المقررة ، فهذا يتمشى مع قول غالبية الأئمة ، فان كان الانتفاع فى الرهن الحيازى جائزا للراهن ، فانه يمكن أن يتحقق فى الرهن الرسمى ، ويبقى أن الذين يقولون بجواز الانتفاع يشترطون القبض ، ويسترجع الراهن الرهن بعده ، والرهن الرسمى لا قبض فيه •

ونقول : ألا يمكن أن ينوب تسجيل الرهن بالشهر العقارى على اسم المرتهن مناب القبض خصوصا وأن تسجيل الشىء المرهون له من

الاجراءات والحماية ، ما يكفل بقاءه حتى يقوم الراهن بتسديد دينه فان طالب المرتهن الراهن عند حلول الأجل ، ووجده قد تصرف فيه الزم الراهن بسداد الدين أو بتسليم الشيء الذى قد تصرف فيه وان لم يفعل ذلك حلت عليه قضايا التبديد ؟

وانتفاع الراهن بالرهن ما دام لا يحدث فيه خللا ينقص من قيمته أو ضياعا يذهب بهيبته ، أرى : أنه لا مانع منه خصوصا وأن الرهن الرسمى خاص بالعقار ، والعقار شيء ثابت ظاهر والانتفاع به أولى من تعطيله ، لان الانتفاع به يجعل العقار يدر ربحا ، ربما كان سببا فى اعانة الراهن على سداد دينه منه ، أما حبسه عند المرتهن يجعله يتحمل نفقة ربما كان لا قبل له بها •

ثالثا : من حيث الحبس :

اتضح مما سبق أنه لم يقل به الا الحنفية والشيعة الاباضية ، فهم الذين اشترطوا دوام الحبس ، ومن عداهم من الفقهاء ، لم يقل بالحبس الدائم ، وان اكتفى بالقبض ، واذا كان الرهن الحيازى قد قال فيه غالبية الفقهاء أنه لا حبس فيه فعندئذ يستوى به الرهن الرسمى •

ويمكن أن يعتاض بالتسجيل عن الحبس ، فكأن تسجيله باسم المرتهن ، يعتبر حبسا للراهن عن التصرف فيه تصرفا ناقلا للملكية ، وان بقى له حق الانتفاع والاستغلال والسكن ، لا سيما وان الرهن الرسمى خاص بالعقار دون المنقول ، والعقار لا يمكن أن يغاب عليه ، كما لا يمكن أن يتسارع اليه التلف ، وان تبين أن الراهن قد تصرف فيه فللمرتهن حق تتبع الرهن فى أى يد كانت ، كما أنه يفضل على سائر الغرماء عند التزاحم •

رابعا : يبقى أن نقول ان التسجيل العينى الذى نادى به فقهاء

القانون لما فيه من الدقة والاحكام من حيث ان العين اذا كان قد سجل عليها رهن أو أى تصرف ، لا يمكن أن يتبع بتصرف مماثل الا اذا انقضى التصرف السابق ، وهذا يجعل للعقار مكانة ظاهرة يمكن الرجوع اليها فى أى وقت كان وعند أى ظرف يقع لذوى الشأن •

خامسا : ما دام الرهن قد شرع أساسا للتوثق فالتوثق قائم بالتسجيل ، واذا كان قد شرع للحاجة ، فحاجة الراهن قائمة فى الرهن الرسمى والحيازى على السواء •

سادسا : لو تأملنا فى الآية وهى قوله تعالى « وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة » لوجدنا ما يأتى :

(أ) أن الرهن الحيازى قد شرع عند عدم وجود الكاتب وأدوات الكتابة ليكون وثيقة ناطقة ، أما اذا وجد الكاتب وأدوات الكتابة خصوصا اذا كانت الكتابة بطريق جهة رسمية فيمكن أن تقوم مقام الرهن الحيازى •

(ب) اذا نظرنا الى سياق الآية (أى الآية السابقة عليها) نجد قول الله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه » فهلا تتناول الرهن الرسمى المكتوب الذى تعتبر الكتابة ركنا فيه ، والاشهاد زيادة فى ثقة الكتابة ، حيث قال : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم » فكأن الله طلب منا فى الدين الضمان والاطمئنان والثقة ، وهذه لا تكون الا بالكتابة أو تقديم رهن حيازى عند عدم وجودها •

سابعا : يبقى أن نقول اننا لا ننادى بصحة الرهن الرسمى بوضعه الحالى ، خصوصا وأن القانون يقرر فائدة معينة للمرتهن ، هذه الفائدة نحن ننكرها لانكار الشارع لها ، لانها ربا سواء كانت يسيرة أو فاحشة لنهى الله عنها فى قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله

وذروا ما بقى من الربا ان كنتم مؤمنين » ولقوله ﷺ : « كل قــرض جر نفعا فهو ربا »قل أو كثر •

ويبقى على صائغى القانون أن يعدلوا أحكامه لكى يتمشى مــع ما جاءت به الشريعة الاسلامية حتى وان كانت الحاجة ملحة والضرورة قائمة ، فان المجتمع اليوم صغيره وكبيره يبحث عن الحلال ويحــاول التوصل اليه ، ويعرف الحرام ويحاول الابتعاد عنه •

هذا وقد حاولنا جهدنا فى ابراز الحكم على تأصل قويم ومنهــج حكيم ارضــاء لرب العــالمين •

الباب الثانى

فى اركان عقد الرهن

ويحتوى على أربعة فصول هى :

الفصل الاول : صيغة العقد

الفصل الثانى : فى العاقد

الفصل الثالث : فى الشىء المرهون

الفصل الرابع : فى المرهون به

تمهيـــــد :

عقد الرهن كسائر عقود المعاملات الاخـــرى ، ومن ثم لابد له من أركان يقوم عليها ، بحيث اذا فقد ركن منها أدى ذلك الى بطلانه ، وهناك أركان عامة لابد من توافرها فى سائر العقود ، فلا يخلو عقــد منها والاركان العامة هى : الرضا والمحل والسبب ، وقد بينــا فيمــا سبق أن من خصائص الرهن أنه عقد رضائى ،فلا ينعقد باكراه أحدهما أو اكراههما معا لعدم توافق اراذتيهما ، وأما المحل فلابد وأن يكون موجودا أو قابلا للوجود ، ومعينا أو قابلا للتعيين ، وهذا ينطبق على المرهون والدين المضمون ، فعند غالبية المذاهب يشـترط فى الشىء المرهون أن يكون موجودا عند العقد الا المـالكية فقد جـوزوا رهـن الغرر وان كانوا قد اشترطوا فى الغرر أن يكون خفيفا ، ومنعوه فى الغرر الشديد ، وأما السبب فيتجلى فى الحكمة التى شرع من أجلها الرهن وهى حاجة الراهن الملحـة ، والاستيثاق للمرتهن ، ولذلك لابد وأن يكون السبب مشروعا ، فان كان الراهــن يريد الدين لبنــاء حانة للخمر أو بناء دار للهو فعندئذ يكون السبب غــير مشروع ، وكذلك لو كان المرهون ميتة أو خمرا أو أى شىء آخر يحرم تمليكه وتملكه ،كان السبب غير مشروع ، فيكون الرهن باطلا .

هذا وان كان لابد من توافر الاركان العامة للعقود فــلابد من وجود أركان خاصة بعقد الرهن ، وهذه الاركان هى :

الصيغة ، والعاقد ، والشىء المرهون ، والدين المضمون ، وسنتكلم على كل ركن من هذه الاركان على حدة فيما يلى :

الفصل الأول

الصيغة

ويحتوى على مبحثين :

المبحث الاول : معنى الصيغة •

المبحث الثانى : الشروط التى تقترن بالصيغة •

المبحث الاول
معنى الصيغة

لكل عقد صيغة تدل عليه ، وتنم عن معانيه ، وتدرك مراميه ، وربما كانت الصيغة هى التى تميز بين كل عقد وآخر ، وتدل صيغة العقد عليه صراحة بلا لبس ولا غموض ، فاذا ما أطلقت دلت عليه ولا تحتمل غيره ، كبعت واشتريت للبيع ورهنتك هذا الشىء فى الرهن أو خذ هذا الشىء رهنا ويقول المرتهن قبلت رهنك أو أخذته منك رهنا ، وتعتبر هذه الصيغة فى الرهن ، واذا ما سمع سامع هذه الصيغة الصريحة استشعر أن العقد رهن ، وبهذه الصيغة نطق القرآن الكريم حيث قال : « فرهان مقبوضة » أى فارهنوا رهانا مقبوضة ، ويقوم مقام صيغة الرهن الصريحة ما يؤدى الى مضمونها دلالة بشرط أن تنطوى الصيغة على الايجاب والقبول(١) •

وكما يكون الايجاب والقبول باللفظ يمكن أن يكونا أمرا ضمنيا تدل عليه القرائن •

---

(١) يلاحظ أن الايجاب هو ما صدر أولا من أحد طرفى العقد كقول الراهن : رهنتك هذا الشىء أو خذ هذا رهنا •

والقبول هو ما صدر ثانيا من أحد طرفى العقد كقول المرتهن قبلت رهنك أو أخذته رهنا — انظر بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٣٣ •

هذا وان كان الرهن يعقد بالصيغة الصريحة ، الا أننا نتساءل هل ينعقد الرهن بصيغة أخرى ليست صريحة أو لا ينعقد ؟

قال الاحناف والمالكية في رواية عنهم والشافعية ان الرهن ينعقد بصيغة أخرى غير الصريحة المتقدمة فقالوا ينعقد الرهن بما يجرى مجرى صيغة الرهن من الالفاظ التى تدل على معناه ، وان خرجت عن الالفاظ المعدة لانعقاد الرهن صراحة(٢) .

وان كان المالكية قد ورد عنهم رواية تقصر انعقاد الرهن على الصيغة الصريحة(٣) .

وقد مثل من أجاز انعقاد الرهن بصيغة غير صريحة بالمثال التالى:

من اشترى شيئا بدراهم ودفع المشترى للبائع ثوبا وقال له أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن ، فالثوب رهن لانه أتى بمعنى العقد والعبرة فى باب العقود للمعانى لا للالفاظ(٤) .

وينعقد الرهن بالمعاطاة : قال بذلك الحنفية والشافعية(٥) .

ويصور انعقاد الرهن بالمعاطاة : أن يقول الراهن للمرتهن اقرضنى عشرة لاعطيك ثوبى هذا رهنا فيعطى العشرة ويقبضه الثوب(٦) .

---

(٢) انظر بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٣٥ ، وحاشية ابن عابدين جـ ٦ ص ١٣٥ ، وحاشية ابن عابدين جـ ٦ ص ٤٧٨ ، مواهب الجليل جـ ٥ ص ١٢٥ وأيضا مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٢١ ونهاية المحتاج جـ ٤ ص ٢٢٤ .

(٣) انظر مواهب الجليل جـ ٥ ص ٢٥ .

(٤) انظر البدائع جـ ٦ ص ١٣٥ . وانظر الأشباه والنظائر للسيوطى .

(٥) انظر حاشية ابن عابدين جـ ٦ ص ٤٧٨ .
وانظر نهاية المحتاج جـ ٤ ص ٢٢٤ .

(٦) انظر مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٢١ .

والناظر فى هذه الصيغة يجد أنها ليست صيغة رهن وبالرغم من هذا انعقد الرهن بها ، والذى يقول ان الرهن لا ينعقد بغير صيغته لان الصيغة اذا تغيرت قد تلبسه بغـــيره •

ونقول ان العقد شريعة المتعاقدين فما دامت ارادتهما متطـابقة وينتويان الرهن فانه ينعقد ولو كان بغير صيغته الصريحة •

وبعد أن تبين أن الرهن ينعقد بالصيغة الصريحة وغيرها نتساءل ما هو الحكم لو اقترنت صيغة العقد بشرط ، هل يترتب على ذلـــك الشرط أثر أم لا ؟

المبحث الثاني

الشروط التي تقترن بالصيغة وآراء الفقهاء فيها

ان الشرط الذى يذكر فى الصيغة عند الانعقاد لا شك أنه يعتبر أمرا زائدا عن الايجاب والقبول ، ولكن من وجهة نظرى : أنه ينقسم الى قسمين :

شرط يقتضيه العقد ويتلاءم مع طبيعته ، وشرط لا يقتضيه العقد وفى هذا تفصيل نذكره على النحو التالى :

فنذكر القسم ونحاول توضيحه بالامثلة ، وذكر الحكم الفقهى له:

أما الاول : فهو القسم الذى يقتضيه العقد ، ويتلاءم مع طبيعته ولا يتنافى معه ، أو يكون فيه مصلحة للعقد .

مثال ذلك : كما لو اشترط عند الانعقاد أن يتقدم المرتهن على سائر الغرماء ليستوفى منه دينه ، فهذا شرط يقتضيه العقد ، وان لم يذكر ، فلا يكون فى ذكره ضرر ، لان ذكره لا يؤدى الى زيادة فى الاثر .

وايضا : ما لو شرط ما فيه مصلحة للعقد كالاشهاد عليه ، فان هذا الشرط يزيد العقد توثقا ، والعاقدان استيثاقا ولا يعتبر الاشهاد على الرهن أى اشتراطه خارجا عن طبيعة العقد ، لان الله تعالى يقول فى شأن الدين وكتابته « واستشهدوا شهيدين من رجالكم »(٧) .

ويلاحظ أن الحكم فى هذين الشرطين « ما يقتضيه العقد وما يكون فيه مصلحته » ان ذكر الشرط صحيح والعقد صحيح ، وقد قال بذلك

---

(٧) الآية رقم ٢٨٢ من سورة البقرة .

الشافعية والحنابلة والمالكية والاحناف وان كان تعليل الاحناف لصحة يخالف ما عليه غيرهم فان غيرهم يعلل بأن هذه الشروط لا تتنافى مع طبيعة العقد وذكرها لا يضر وأما الاحناف فقد عللوا بأن ذكر مثل هذه الشروط يعتبر لغوا مادام العقد يقتضيه ، لان الأثر المترتب على ذكر الشرط يقع وان لم يذكر فكان ذكره لغوا حتى قيل بأنه ليس شرطا حقيقة(٨) .

فان كان الشرط المذكور لا غرض فيه (ومثاله : كما لو شرط ألا يأكل الرقيق المرهون شيئا معينا) .

فعند الشافعية والحنفية والحنابلة أن العقد يصح والشرط يلغو وسبب ذلك ان ذكر الشرط لا يحقق مصلحة للعاقدين وان كان الحنفية لديهم قاعدة أن كل شرط فاسد أو غير فاسد ذكر فى عقد الرهن يصح العقد ويبطل الشرط(٩) .

ومن قبيل الشروط الصحيحة ما لو اشترط أن يبيع المرتهن الرهن عند حلول الاجل ، وعدم فكاك الرهن من قبل الراهن حيث يصح الشرط والعقد وبذلك قال أبو حنيفة ومالك والحنابلة ، وقال الشافعى لا يصح الشرط .

استدل الاحناف ومن معهم بما يلى :

بأن ما جاز توكيل غير المرتهن فيه جاز توكيل المرتهن فيه كبيع

---

(٨) انظر مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٢١ ، المغنى والشرح الكبير جـ ٤ ص ٤٢٨ وبدائع الصنائع جـ ٥ ص ١٥٧ ، ١٥٨ ، وانظر نظرية الشرط فى الفقه الاسلامى للدكتور / حسن الشاذلى الطبعة الأولى .

(٩) انظر مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٢١ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٦٨ ، المغنى والشرح الكبير جـ ٤ ص ٤٢٨ .

عين أخرى وأن من جاز أن يشترط له الامساك جاز اشتراط البيع له كالعدل ولا يضر اختلاف الغرضين حيث أن غرض المرتهن مستحق له وهو استيفاء الثمن عند حلول الحق بانجاز البيع ٠

وايضا ان الراهن اذا وكل المرتهن مع العلم بغرضه فقد سمح له بذلك والحق له فلا يمنع من السماحة(١٠) ٠

أما الشافعى الذى أبطل الشرط وأجاز العقد فقد استدل بأن المرتهن اذا اشترط تولى البيع يكون توكيلا فى أمر يتنافى فيه غرض الراهن والمرتهن فلم يصح قياسا على ما لو وكله من بيعه من نفسه ووجه تنافى الغرضين أن الراهن يريد الصبر على المبيع والاحتياط فى توفير الثمن والمرتهن يريد تعجيل الحق وانجاز البيع ٠

وقد رد الحنابلة والحنفية على الشافعى بأنهم لا يسلمون من ان المرتهن بائع لنفسه ، وانما يعتبر بائعا لغيره فجاز توكيله بالبيع أما الممتنع فان الشخص يبيع من نفسه لنفسه فيكون بائعا مشريا وقابلا موجبا وقابضا من نفسه لنفسه بخلاف المسألة المذكورة هنا(١١) ٠

القسم الثانى : هو مالا يقتضيه العقد ويحتوى على أنواع :

النوع الاول : كما لو اشترط الراهن ما يضر بالمرتهن ولو لم ينتفع به الراهن ، كما لو قال الراهن للمرتهن عند الانعقاد لا يباع الرهن الا بعد حلول أجل الدين بشهر ، أو قال له لا يباع إلا بضعف ثمن مثله ، أو الا يباع الرهن مطلقا عند الحلول ، أو قال الراهن للمرتهن لا تتقدم بالرهن على غيرك من الدائنين ٠

---

(١٠) انظر المغنى والشرح الكبير جـ ٤ ص ٤٢٨ ، ٤٢٩ ٠

(١١) انظر نهاية المحتاج جـ ص ، المغنى والشرح الكبير جـ ٤ ص ٤٢٨ ، ٤٢٩ ٠

فقال الشافعية ان العقد باطل والشرط باطل وسبب ذلك أن الشرط مخل بالغرض من العقد ، فأدى بطلان الشرط الى بطلان العقد لأن العقد كل لا يتجزأ وبطلان جزئه يؤدى الى بطلان كله(١٢) .

وعند الاحناف يبطل الشرط فى هذه الصور جميعها ، ويصح العقد(١٣) فالشرط الفاسد وان كان يؤثر فى المعاوضات المالية فيؤدى الى فساد العقد لوجود الربا المنهى عنه الا أن الشرط فى المعاوضات غير المالية لا يتصور فيه شبهة الربا ، والرهن من المعاوضات غير المالية ، وفساد الشرط فيه لا يؤدى الى فساد العقد ، وجعل العقد صحيحا والشرط باطل فيه اعمال لبعض الكلام دون البعض ، أما ابطال العقد والشرط ففيه اهمال لكل الكلام ، والقاعدة الفقهية تقول : أعمال الكلام أولى من اهماله(١٤) .

وهنا اذا كنا لم نستطيع اعمال الكل فأولى بنا أن نعمل ما يمكن اعماله .

النوع الثانى : وهو ما يحقق منفعة للمرتهن ويضر بالراهن ..

ومثاله : ما لو اشترط المرتهن عند الانعقاد أن تصير الزيادة رهنا أو تؤول الى المرتهن ويتضرر الراهن .

فعندئذ تتحقق منفعة للمرتهن ويتضرر الراهن .

فعند الشافعية الشرط باطل قولا واحدا ، للحديث الوارد عن النبى ﷺ : « كل شرط ليس فى كتاب الله تعالى فهو باطل » .

---

(١٢) انظر مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٢١ .

(١٣) انظر حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ٢٣٨ ط ٣ .

(١٤) انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٣٥ .

ويوافقهم فى ذلك الحنفية فيقررون فساد الشرط •
أما من حيث العقد هل يبطل أم لا ؟

قال الشافعية الاظهر . أن العقد باطل ، وعللوا ذلك لان الشرط مخالف لمقتضى العقد قياسا على الشرط الذى يضر المرتهن ، ومقابل الاظهر ان العقد صحيح وعللوا ذلك بأن الرهن عقد تبرع فلم يؤثر فيه هذا الشرط قياسا على القرض(١٥) ، وان كان هذا القياس قد رد عليه بأنه قياس مع الفارق لاختلاف الرهن عن القرض، الا أن الحنفية رأوا صحة العقد قولا واحدا وعللوا ذلك بأن الرهن اذا اقترن بشرط فاسد بطل الشرط وصح العقد(١٦) •

النوع الثالث : لو شرط ما يضر بالراهن أو المرتهن فى بيع كما لو قال عند الانعقاد ألا يباع المرهون الا بأكثر من ثمن المثل ، فهذا ضار بالمرتهن أو قال المرتهن أن يباع الرهن بأنقص من ثمن مثله •

فان الشرط باطل والعقد صحيح فى هذه الصورة عند الشافعية ، وسبب ذلك أن المنفعة مطلقة ولو كانت مقدرة لصح الشرط أيضا كما لو قال : ومنفعته لى سنة فانه يكون جمعا بين بيع واجاره فى صفقه وهو جائز(١٧) •

وعند الحنفية يبطل الشرط ويصح العقد حتى ولو كانت المنفعة مقدرة ، وسبب ذلك أن صحة العقد أولى من ابطاله ، وبطلان الشرط يمنع من وجود صفقتين فى صفقة ، والقاعدة المقررة أن الرهن المقترن بشرط فاسد يترتب عليه فساد •

---

(١٥) نهاية المحتاج ج ٤ •

(١٦) الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٦٨ •

(١٧) مغنى المحتاج ج ٢ ص ١٢٢ •

النوع الرابع : ما لو اشترط المرتهن أن تحدث زوائد المرهـون كصوفه وثمرته وولده مرهـونة •

فيرى الشافعية فى الاظهر فساد الشرط وسبب ذلك أن هـذه الزيادة معدومة ومجهولة « أى أنها تكون غررا » •

والقول الثانى : ان الشرط لا يفسد معللين عدم الفساد بأن الرهن عند الاطلاق انما لم يتعد للزوائد لضعفه ، فاذا قـوى بالشرط كان سـاريا(١٨) •

أما الحنفية فيرون فساد الشرط قولا واحدا وصحة العقد متفقين مـع الشافعية فى هـذا •

ويلاحظ أن ذكر الزوائد احتراز عن الاكساب(١٩) فان اشتراطها باطل قولا واحدا عند الشافعية ، ومن باب أولى عند الحنفية لانها أمر خارج عن الرهن ، وان كانت متولدة عنه •

وقد ذكر الماوردى : أنه ان شرط المرتهن كون المنفعة مرهونة كان باطلا قطعا ، ولعل سبب البطلان : ان المنافع عنـد الشافعية للراهن له أن ينتفع بالمرهون وان كان ذلك قهرا عن المرتهن ، فاشتراطا مثل هذا يخالف ما عليه المذهب ، وان كانت قاعدة الحنفية تتطرد فى صـحة العقد وبطلان الشرط ، وان كان الاصل عندهم أن حبس الرهن ودوامه أمـر لابـد منـه •

---

(١٨) المرجع السابق •

(١٩) الاكسـاب جمع كسب وهو عبـارة عن غلة المرهون كأجرة العبد المرهون •

الفصل الثاني

في (العاقـــد)

ويحتوي على المباحث الآتيـــة :

المبحث الأول : المقصـــود بالعاقـــد •

المبحث الثاني : ما يشترط في العاقد •

المبحث الثالث : ما لا يشترط في العاقد •

المبحـــث الاول

المقصـــود بالعاقـــد

ونعني بالعاقد : الذي يقوم باجراء عقد الرهن سواء كان راهنا أو مرتهنا ، لان العقد يتكون من ارادتيهما ، لا من ارادة احـدهما دون الآخر ، ألا ترى أن كلمة ارتهان هي افتعال لمطاوعة الرهن ، نقول: رهن له الشيء فارتهن عنده أو له ورهنه شيئا فارتهنه •

ولمـــا كان العقد يتكون من العاقدين والنسبة القائمة من تلاقي ارادتيهما فلابد أن نقوم بتعـريف الراهن والمرتهن بعـــد ان عرفنـــا الارتهان فالراهن : هو الذي يعقد ماله لغيره معلقا له حقه عليه •

والمرتهن : هو الذي يكون ذلك المـــال معلقا له في حقه(١) •

المبحـــث الثاني

ما يشـــترط في العاقـــد

ويشترط في كل من الراهن والمرتهن ما يأتي :

أولا : العقـــل :

فلابد أن يكون الراهن والمرتهن عاقلين ، لأن عقد الرهن شرع

---

(١) انظر شرح النيل وشفاء العليل جـ ١١ ص ٨٥ •

التوثق وانعدام العقل يعتبر مناطا لانعدام الثقة ، فلو كان أحد العاقدين مجنونا فلا ينعقد لانعدام شرط العقل وكذلك او كان صبيا غير مميز لانه لا يعقل التصرفات حتى وان أذن له وليه لفقد التمييز(٢) ومن يفقد التمييز (أى لم يصل سن التمييز) لا يصح له التصرف .
وهذا الشرط يكاد يكون متفقا عليه .

المبحث الثالث

ما لا يشترط فى العاقد

وقال الحنفية(٣) والشيعة(٤) الاباضيه ان البلوغ ليس بشرط ، ولذلك فيجوز رهن الصبى المميز وهو الذى تجاوز السابعة من عمره بشرط أن يأذن له وليه ، فان أجاز رهنه جاز والا بطل دون توقف على اشتراط البلوغ وقال الشافعية والحنابلة ان رهن الصبى وارتهانه لا يجوز لانه محجور عليه في تصرفه قبل البلوغ ، وكذلك المحجوز عليه لسفه أو جنون أو فلس ، فلا يجوز رهنهم وارتهانهم وعللوا ذلك بأن الرهن من عقود التبرع ، وهؤلاء ليسوا من أهل التبرع(٥) .

وأما الحنفية فقد جوزوا الى جانب رهن مال الصبى باذن وليه ، أن الولى له أن يرهن بدين الصبى وبدين نفسه ، لان الرهن لا يخلو أن يكون ايداعا أو مبادلة ، والاب يلى كل واحد منهما فى مال الصغير فانه يبيع مال الصغير بدين نفسه ويودع مال الصغير ولو هلك الرهن

---

(٢) لمن هو دون السابعة من عمره .
(٣) انظر بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٣٥ .
(٤) انظر كتاب شرح النيل وشفاء العليل جـ ١١ ص ٩٩ .
(٥) انظر المغنى والشرح الكبير جـ ٤ ص ٣٦٩ .
ـ ومغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٢٢ .

هى يد المرتهن قبل الفكاك هلك بالاقل من قيمته ومن الدين لان الرهن وقع صحيحا ، وهذا حكم الرهن الصحيح ، وضمن الاب قدر ما سقط من الدين بهلاك الرهن لانه قضى دين نفسه بمال ولده فيضمن •• والوصى كالاب فيما ذكر الا أن الاب يجوز له أن يرتهن مال الصغير بدين ثبت على الصغير واذا هلك يهلك بالاقل من قيمته ومن الدين والوصى لا يجوز رهنه ولا ارتهانه فى هذه الحالة(٦) •

وقد قال الشافعى بشأن رهن مال الصبى أنه لا يجوز رهن مال الصبى ولا ارتهانه وكل من كان محجورا عليه أصلا ويستثنى من ذلك حالتان •

١ ـ رهن مال المحجور عليه أو ارتهانه لضرورة ومثال ذلك :

أن يرهن الولى مال المحجور عليه على ما يقترضه لمؤنة المحجور عليه ليوفى القرض بما ينتظره من غلة المرهون أو ما ينتظره من حلول دين للمحجور عليه •

ويجوز له أن يرتهن للضرورة أيضا على ما يقرضه أو يبيعه فى مكان حتى يصل الى مكان المحجور عليه مخافة قطع طريق وضياع المال •

٢ ـ رهن ولى المحجور عليه مال المحجور عليه لغبطة ظاهرة ومثالها •

أن يرهن ما يساوى مائة على ثمن ما اشتراه نسيئة بمائة وهو يساوى مائتين •

أو أن يرتهن على ثمن ما يبيعه نسيئة بمائتين فى مقابل ما يقدمه رهنا وهو يساوى مائة(٧) •

---

(٦) البدائع جـ ٦ ص ١٣٦ •

(٧) انظر مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٩٢ •

ثانيا : الحــرية :

هذا من حيث شرط العقل ونتساءل هل يشترط فى الراهن والمرتهن أن يكــونا حــرين أم لا •

وللاجابة على ذلك نقــول :

أن الحنفية والشيعة الاباضية لم يشترطوا الحرية فى العاقدين ولذلك أجازوا رهن العبد وارتهانه ان كان له مال خاص به أو أذن له سيده فى التجارة وكذلك المكاتب يجوز له أن يرهن ويرتهن وقد ســاق الحنفية تعليلا حيث قالوا : ان العبد اذا كان مأذونا له فى التجـــارة فالرهن والارتهان من توابعها وكذلك اقتضاء الديون ربما لا تتحقق الا بالرهــن(٨) •

وأما تعليل الشيعة فقد قالوا : لا تشترط الحرية اذا رهنه باذن مالكه على أن الرهن اخف من البيع لان البيع خروج ملك والرهن موقوف الى أجل فاذا جاز البيع للمأذون على ما فيه من انتقال الملك كان الرهن أولى بالجــواز(٩) •

وقال الحنابله ان الحرية شرط فى الرهن والمرتهن فلا يجـــوز تصرف الرقيق بالرهن أو الارتهان ولو كان العبد مأذونا له فى التجارة وعللوا ذلك : بأن العقد والتسليم ليس بواجب لم يصـــح ، وانما هو راجع الى اختيار الراهن فاذا لم يكن له اختيار صحيح لم يصح ، ولأن العقد نوع تصرف فى المال فلم يصح من المحجور عليه من غير اذن قياسا عــلى البيـــع(١٠) •

---

(٨) بدائع الصنائع ج ٦ ص ١٣٥ •

(٩) كتاب شرح النيل وشفاء العليل ج ١١ ص ٩ •

(١٠) انظر المغنى مع الشرح الكبير ج ٤ ص ٣٦٩ •

أما الشافعية فقد قالوا : أن الرقيق أما أن يكون مكاتبا أو غير مكاتب فقالوا :

أولا : بشأن المكاتب هو كالولى فى جواز رهنه وارتهانه فلا يجوز له أن يرهن أو يرتهن الا فى حالتين هما : الغبطة والضرورة المتقدمتين وفى غيرهما لا يرهن ولا يرتهن •

وقد قال الزركشى من الشافعية بشأن المكاتب : حيث منعنا رهن المكاتب وارتهانه مطلقا فيستثنى حالتان هما :

الاولى : رهنه وارتهانه مع سيده •

الثانية : ما لو رهن أن ارتهن لاداء النجم الاخير من نجوم الكتابه لافضائه الى العتق •

أما غير المكاتب فاما أن يكون مأذونا له فى التجارة أولا ، فان كان مأذونا له فى التجارة فلا يجوز رهنه ولا ارتهانه اذا أعطاه سيده مالا ، الا فى حالتين هما الضرورة والغبطة وما عداهما لا يجوز ، وان لم يعطه مالا فان اتجر بجاهه جاز له الرهن والارتهان ما لم يربح قياسا على مطلق التصرف، فان ربح أمتنع رهنه وارتهانه الا فى الحالتين السابقتين(١١) •

ثالثا : من حيث شرط السفر :

فانه لا يعتبر شرطا فى الراهن أو المرتهن لانعقاد الرهن ، وهذا يكاد أن يكون مجمعا عليه بين الفقهاء ولم يخالف فى ذلك الا الظاهرية حيث اشترطوا فى الرهن أن يكون على سفر وقد قالوا ما نصه : « أنه لا يجوز الرهن الا فى السفر استدلالا بالآية وهى قول الله تعالى : « وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة » حيث دلت

---

(١١) انظر مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٢٢ •

الآية على ارتباط الرهن بالسفر عند عدم وجود الكاتب ، حتى انهم نقلوا عن مجاهد قوله : « انه لا يجوز الرهن الا فى السفر »(١٢) ٠

وقد رد عليهم الفقهاء هذا القول وأهدروا كون السفر شرطا « يجوز الرهن فى السفر والحضر جميعا » لما روى أن رسول الله ﷺ « استقرض بالمدينة من يهودى طعاما ورهنه درعه » فقد كان ذلك رهنا فى الحضر ، ولان ما شرع له الرهن وهو الحاجة الى توثيق الدين يوجد فى الحالين وهى الرهن عن تواء الحق بالجحود والانكار وتذكره عند السهو والنسيان ٠

وقد ردوا على استدلال الظاهرية بالآية حيث قالوا :

ان التنصيص على السفر فى كتاب الله ليس لتخصيص الجواز بل هو اخراج الكلام مخرج العادة كقوله تعالى « فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا »(١٣) ٠

---

(١٢) انظر المحلى لابن حزم ج ٥ ص ٨٨ ٠

(١٣) بدائع الصنائع ج ٦ ص ١٣٥ ٠

الفصل الثالث

في الشـــيء المرهـــون

ويحتوى على المباحث الآتيـــة :

المبحث الاول : المقصود بالشيء المرهـــون •

المبحث الثانى : شروط المرهون عند الحنفية •

المبحث الثالث : حكم زيادة المرهون ونمائه •

المبحــــث الاول

المقصود بالشيء المرهون والشروط المجمع عليها

ويسمى بالعين المرهونة ، ويمكن أن يعرف بأنه ما وضــع عنـد انسان فى مقابلة ما أخذ منه دينا(١) ، والشيء المرهون لما كان ركنا فى عقد الرهن اشترط الفقهاء فيه عدة شروط نذكرها على النحو التالى:

أولا : « أن يكون المرهون عينا » •

وهذا الشرط يكاد أن يكون مجمعا عليه وقد تبين من تعـــاريف الرهن ، حيث قال الحنفيـــة(٢) حبس شيء مـــالى •• الـــخ ، وقال الشافعية والحنابلة جعل عين مال •• الخ أو المال الذى يجعل •• الخ، ولم يخالف فى هذا الا المـــالكية الذين أجازوا رهن الغرر والدين فلم يشترطوا أن يكون المرهون عينا(٤) ، وقد وافقهم الشيعة على ذلك ورأى

---

(١) شرح كتاب النيل وشفاء العليل ج ١١ ص ١٦ •

(٢) انظر البدائع ج ٦ ص ١٣٥ •

(٤) انظر قوانين الاحكام الشرعية لابن جزى ص ٣٣٩ ط الشركة الفنيـــة المتحدة القـــاهرة •

الشافعية مقابل للاصح ، أما الاصح عند الشافعية فانه لابد وان يكون المرهون عينا ، واشتراط كونه عينا يصح بيعها يخرج رهن الدين ولو كان الدين الذى يريد أن يجعله رهنا ممن هو عليه (اى الراهن) لان المرهون اذا كان دينا يصير غير مقدور على تسليمه أما مقابل الاصح الذى يجوز رهن الدين فانه ينزل الدين منزلة العين وكون المرهون عينا يخرج رهن المنفعة فلا يصح رهن سكنى الدار أو زراعة الارض مدة لان المنفعة تتلف فلا يحصل بها استيثاق ، ولان المنفعة تستوفى شيئا فشيئا وتنتهى بانتهاء المدة المتفق عليها ، ومحل منع رهن المنفعة فى حال الابتداء بمعنى أن الراهن لا يمكن أن يعقد ابتداء مع المرتهن رهنا ويسلمه منفعة بل يجوز أن يكون المرهون دينا أو منفعة فى غيرالانشاء ومثال ذلك ما او مات عن المنفعة وعليه دين أو أتلف المرهون فبدله فى ذمة الجانى رهن على الارجح عند الشافعية(٥) (٦) .

ثانيا : « أن يكون المرهون قابلا للبيع » .

قابلية الشىء المرهون للبيع هل المقصود به عند الانعقاد أو عند حلول الاجل ؟ أقول ان اطلاق العبارة وجعلها بدون تقييد جعل أن كافة الفقهاء يقولون بجواز بيعه من بداية العقد الى حلول الاجل لان كل هذا الوقت أو هذه المدة تعتبر ربطا بين الدين المضمون والشىء المرهون ففى كل هذا الوقت يكون المرهون قابلا للبيع ، ويوضح هذا ما نص عليه الحنفية بعد ذكر هذا الشرط بقولهم أن يكون مالا موجدا مقدر التسليم(٧) .. الخ والشافعية عندما ذكروا هذا الشرط قالوا : خرج بذلك رهن عين لا يصح بيعها مثال رهن الأعيان الموقوفة وقفا خيريا فهذه يمتنع بيعها لشغلها بالوقف ولا يجوز رهن المكاتب وأم الولد لأن

---

(٥) انظر مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٢٣٢ .

(٦) وانظر للحنابلة الشرح الكبير مع المغنى جـ ٤ ص ٢٦٨ .

(٧) البدائع جـ ٦ ص ١٣٥ .

المكاتب يؤول الى العتق بعد أداء نجوم الكتابة فلا يجوز بيعه ، ومن ثم لا يجوز رهنه ، وأما أم الولد فمآلها الى الحرية بموت السيد فلا يجوز تصرف فيها ، والرهن لون من ألوان التصرف(٨) . وعلل الحنابلة لصحة هذا الشرط بقولهم : لأن المقصود من الرهن الاستيثاق بالدين للتوصل الى استيفائه من ثمن الرهن ان تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن ، وهذا يتحقق فى كل عين جاز بيعها ولأن ما كان محلا للبيع كان محلا لحكمة الرهن ومحل الشىء محل لحكمته الا بمنع مانع من ثبوته أو يفوت شرط فينتفى الحكم لانتفائه(٩) .

ويمقتضى هذا الشرط وهو أن يصح بيع الشىء المرهون فما لايجوز بيعه لا يجوز رهنه فلا يجوز رهن الخمر والخنزير والميتة فكل هذه وان كانت أعيانا ، الا أنها لا يجوز بيعها ، فلا يجوز رهنها لان تمليكها وتملكها يحرم بالنسبة للمسلم سواء كان العاقدان مسلمين أو أحدهما مسلم لانعدام مالية الخمر والخنزير فى حق المسلم وهذا لأن الرهن ايفاء الدين والارتهان استيفاؤه ولا يجوز للمسلم ايفاء الدين من الخمر أو استيفاؤه منه الا أن الراهن اذا كان ذميا كانت الخمر مضمونة على المسلم المرتهن لأن الرهن اذا لم يصح كانت الخمر مغصوبة فى يد المسلم وخمر الذمى مضمون على المسلم بالغصب ، واذا كان الراهن مسلما والمرتهن ذميا لا تكون مضمونة على أحد(١٠) .

وربما خالف الملكية فى معنى هذا الشرط وان اتفقوا عليه من حيث المبدأ فقد يجعلون قابلية المرهون للبيع عند الحلول لا عند الانعقاد ، لأن وقت الحلول هو وقت المطالبة والاستيفاء ويؤيد ذلك ما نقل عنهم من المدونة حيث قال مالك : « من ارتهن ثمر نخل أو زرعا قبل بدو

---

(٨) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٢٢ .

(٩) انظر المغنى والشرح الكبير جـ ٤ ص ٣٧٥ .

(١٠) البدائع جـ ٦ ص ١٣٥ .

صلاحها أوبعده جاز ذلك اذا حازه المرتهن أو عدل يرضيان به ويتولى من يحوز سقيه وعلاجه وأجر السقى فى ذلك على الراهن كما أن عليه نفقة الدابة والعبد وللمرتهن أن يأخذ النخل مع الثمر والأرض مع الزرع ليتم له الحوز ثم لا يكون رهنا فى قيام الغرماء الا الثمر والأرض مع الزرع ليتم له الحوز ثم لا يكون رهنا فى قيام الغرماء الا الثمر أو الزرع خاصة »(١١) ٠

ثالثا : « أن تكون العين المرهونة لا يمتنع عليها ثبوت يد المرتهن»

ومؤدى هذا الشرط : أن العين المرهونة تدخل تحت يد المرتهن وتصير فى حوزته طوال المدة المقررة بين الانعقاد والحلول فان كان المرهون مما لا يجوز اثبات اليد عليه فلا يصح رهنه ومثال ذلك : رهن المصحف والعبد المسلم عند الكافر أو السلاح من الحربى ولا تزول يد المرتهن عن الرهن الا لانتفاع الراهن وهذا عند الشافعية(١٢) (١٣)

وهذا الشرط يكاد يكون مجمعا عليه وان كان الحنفية يجعلون ثبوت اليد اثرا للحبس الدائم ٠

هذه الشروط التى ذكرت تعد من مواضع اتفاق بين الفقهاء وان كان قد وقع خلاف الا أنه يعد خلافا طفيفا فى تفسير معنى من المعانى ولكن ذكر الحنفية شروطا فى العين المرهونة انفردوا بها عن غيرهم وخالفهم غيرهم فيها ٠

---

(١١) انظر مواهب الجليل جـ ٥ ص ٤ ٠

(١٢) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٣٣ ٠

(١٣) ويلاحظ أن الشيعة يحرمون رهن المصحف ولو لم يكمل بل يحرمون رهن كلمة أو حرف أو آية فصاعدا من القرآن وقيل لا يجوز رهن المصحف لمشرك تنزيها للمصحف فكأن الحرمة هنا لغيره أما اذا رهن للمسلم قيل لا يجوز والصحيح عندهم جواز رهنه للمسلم انظر شرح النيل وشفاء العليل جـ ١٢ ص ٢٨ ، ٢٩ ٠

المبحث الثانى

شروط المرهون عند الحنفية

والمتأمل فى الشروط المذكورة عند الحنفية يجد ، أن منها شروطا عامة بمعنى أنها تعم كافة المعاملات رهنا وبيعا واجارة وغير ذلك ، ومنها شروطا خاصة أى تخص العين المرهونة وحدها دون غيرها .

(١) الشروط العامة :

وسنذكرها بلا تفصيل لأنهم يوافقون فيها كافة الفقهاء ، وهذه الشروط هى :

أن يكون المرهون محلا قابلا للبيع .

وأن يكون موجودا وقت العقد .

وأن يكون مالا مطلقا .

وأن يكون متقوما .

وأن يكون مملوكا للراهن .

وأن يكون معلوما .

وأن يكون مقدور التسليم ، ونحو ذلك(١٤) .

(٢) الشروط الخاصة بالعين المرهونة :

أ ــ يشترط فى الشىء المرهون (أى فى صحة انعقاد رهنه) أن يكون محوزا ومعنى محوزا : أن تكون العين خالصة تحت يد المرتهن فلا يشاركه فيها غيره بحق من الحقوق ، لان مشاركة غيره تتنافى مع

(١٤) البدائع جـ ٦ ص ١٣٥ .

الحيازة والحيـــازة تقتضى أن تكون العين محبوســـة تحت يد المرتهن حبسا دائما ، ولذلك لا يجوز رهن الشائع سواء كان مما يقسم أو مما لا يقسم وسواء كان من شريكه أو من غير شريكه وهو الاجنبى ، وسواء كان الشيوع مقارنا للعقد أو طرأ بعده فى ظاهر الرواية •

وخالف فى الشافعية والمـــالكية والحنابلة والظاهرية ومن وافقهم من الشيعة(١٥) فأجازوا رهن المشاع ، سواء كان الشيوع مقارنا للعقد أو طرأ بعده وسواء كان الراهن قد رهن لشريكه أو الاجنبى ، وســـواء كان الشائع قابلا للقســـمة أو لا يقبلها ، وقد أقام كل فريق أدلته على صحة مذهبه •

أدلة الحنفيـــــة :

استدل الحنفية بما يأتى :

أولا : بقول الله تعالى : « فرهان مقبوضة »(١٦) •

وجه الدلالة : حيث أخبر الله سبحانه وتعالى أن المرهون مقبوض فيقتضى كونه مقبوضا مادام مرهونا ، لأن اخبـــاره ســـبحانه وتعالى لا يحتمـــل الخـــلف ، والشـــيوع يمنـــع دوام القبض ، فيمنـــع صـــحة الرهن •

ثانيا : ان الله تبارك وتعالى ســـماه رهنا ، والمتعارف فى اللغـــة والشرع هذه التسمية ، والرهن حبس فى اللغـــة قال الله تعالى « كل نفس بما كسبت رهينه »(١٧) : أى حبيسة بكسبها فيقتضى أن يكون

---

(١٥) انظر شرح النيل وشفاء العليل ج ١١ ص ١٨ ، ١٩ حـــيث قال : « ويجوز أن يرهن الشريك سهمه لشريكه الا فيما يكال أو يوزن »

(١٦) الآية رقم ٢٨٣ من سورة البقرة •

(١٧) الآية رقم ٣٨ من سورة المدثر •

محبوسا مادام مرهونا ، والشيوع يمنـع دوام الحبس فيمنع جواز الرهن لأن الحبس أثر من آثار عقد الرهن وسـواء كان فيما يحتمل القسمة أو فيما لا يحتملها لأن الشيوع يمنع دوام القبض فيهما جميعا وسواء كان الشيوع مقارنا أو طارئا فى ظاهر الرواية لأن كل ذلك يمنع دوام القبض وسواء كان الرهن من أجنبى أو من شريكه ، لأنه لو جاز لامسـكه الشريك يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن فتختلف جهـة القبض والحبس فلا يدوم القبض والحبس من حيث المعنى ، ويصير كأنه رهنه يوما ويوما لا • وهذا لا يجـوز ، ويترتب على ذلك أيضـا خـروج رهن ما هو متصـل بعين وليس بمرهون ، لأن اتصـاله بعين المرهون يمنع من دوام القبض عليه وأنه شرط جواز الرهن(١٨) •

وقد ذكر الجمهور صورا متعددة لرهن المشـاع وذكر عليها أدلة جواز رهنه أما الصور فبيانها كالآتى :

أ ــ ما لو رهن شريك لشريكه نصيبه من الشيء المشترك بينهما، فان هـذا الرهن جائز دون حاجة الى أذن شريكه ، ويعتبر قبضـه بتسليم كله قياسا على البيع وقبض المشاع يكون بالتخلية فى غير المنقول وبالنقل فى المنقول،وان كان الشافعية وبعض المالكية(١٩) قد ،اشترطوا اذن الشريك فى قبض المنقول المرهون على الشيوع ، لأن قبض المنقول لا يحصل الا بنقله ، فان لم يأذن الشريك بقبض المنقول ورضى المرتهن بكونه فى يد الشريك جاز وناب عنه فى القبض،وان تنازعا نصب الحاكم عدلا يكون فى يده لهما ، ويؤجره ان كان مما يؤجر وتجرى المهايأة بين المرتهن والشريك كجريانها بين الشريكين(٢٠) •

---

(١٨) انظر بدائع الصائع ج ٦ ص ١٤٢ •

(١٩) انظر للشـافعية مغنى المحتـاج ج ٢ ص ١٢٢ ، ١٢٣ ، وللمالكية التاج والاكليل بها فى مواهب الجليل ج٥ ص ٤ ، ٥ •

(٢٠) انظر مغنى المحتاج ج ٢ ص ١٢٣ •

وقد استدلوا على جواز رهن المشاع سواء كان عقارا أو منقولا وسواء كان الراهن قد رهن لشريكه أو لأجنبى بما يأتى :

١ ــ أن المشاع يصح بيعه فى محل الحق فصح رهنه قياسا به الرهن أولى من البيع لأن البيع فيه انتقال الملك أما الرهن فليس فيه انتقال الملك(٢١) .

٢ ــ قول الله تعالى « فرهان مقبوضة » .

وجه الدلالة من الآية : هى أن الله تعالى لم يخص مشاعا من مقسوم(٢٢) .

٣ ــ أن الشيوع لا يقدح فى حكم الرهن ولا فى شرطه فلا يمنع جواز الرهن ودلالة ذلك أن حكم الرهن كون المرتهن أحق ببيع المرهون واستيفاء الدين من بدله والشيوع لا يمنع جواز البيع وشرطه هو القبض وهو ممكن فى النصف الشائع بتخلية الكل(٢٣) .

وقد ناقش الحنفية أدلة الجمهور بما يأتى :

ان قبض النصف الشائع وحده لا يتصور ، والنصف الآخر ليس بمرهون فلا يصح قبضه ، وسواء كان مشاعا يحتمل القسمة أو لا يحتملها لان الشيوع يمنع تحقق قبض الشائع فى النوعين جميعا بخلاف الهبة فان الشيوع فيها لا يمنع الجواز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع هناك ضمان القسمة وهو يخص المقسوم .

وقد ناقش الجمهور أدلة الحنفية بما يأتى :

١ ــ نجد أن الحنفية عندما منعوا رهن المشاع وقعوا فى تناقض

---

(٢١) انظر الشرح مع المغنى ج ٤ ص ٣٧٣ ، ٣٧٤ .

(٢٢) المحلى لابن حزم ج ٥ ص ٨٨ .

(٢٣) البدائع ج ٦ ص ١٣٨ .

وسببه انهم أجازوا أن يرهن اثنان أرضا مشاعة بينهما عن انسان واحد له دين عليهما ، ومنعوا أن يرهن المرء أرضه عند اثنين دينهما واحد •

٢ ـ أنهم قد أجازوا بيع المشاع فيما ينقسم وما لا ينقسم من الشريك وغيره ومنع أبو حنيفة من اجازة المشاع فيما ينقسم وما لا ينقسم الا من الشريك فيه فأجازه له •

وقد منعوا رهن المشاع للشريك وغيره ، مع أن البيع يترتب عليه انتقال الملك ، والرهن لا يترتب عليه ذلك •

٣ ـ أما من حيث القبض : ينبنى على ما تقدم وهو جواز بيع المشاع امكان قبضه ، لأن المبيع لا ينقل الى المشترى الا بالقبض ، وجواز قبض المشاع مترتب على جواز بيعه ، لأن ما جاز بيعه جاز قبضه ويمكن أن نقول ان القبض فى الرهن ممكن كالقبض فى البيع والتفرقة بينهما تحكمية(٢٤) •

٤ ـ من حيث قولهم أن مقصود الرهن الحبس ، والمشاع لا يمكن حبسه ، هذا ممنوع ، انما المقصود من الرهن استيفاء الدين من ثمنه عند تعذره من غيره ، والمشاع قابل لذلك(٢٥) •

الرأى المختار :

والراجح لدينا هو رأى الجمهور الذى يجوز رهن المشاع وذلك لعدة أسباب :

السبب الأول :

أن أبا يوسف وهو من الحنفية قد فرق بين الشيوع الأصلى عند الانعقاد والشيوع الطارىء بعد الانعقاد وأجاز الرهن فى الشيوع

---

(٢٤) المحلى لابن حزم جـ ٥ ص ٨٨ ، ٨٩ •
(٢٥) الشرح الكبير مع المغنى جـ ٤ ص ٣٧٤ •

الطارئ دون الأصلي ووجه روايته : أن حال البقاء لا يقاس على حال الابتداء ، لأن البقاء أسهل من حكم الابتداء ، لهذا فرق الشرع بين الطارئ والمقارن في كثير من الاحكام كالعدة الطارئة والاباق الطارئ الخ ، فكون الحيازة شرطا فى ابتداء العقد لا يدل على كونها شرط البقاء على الصحة(٢٦) •

وتفرقة أبى يوسف بين الشيوع الطارئ والأصلي وجعل الرهن صحيحا مع الطارئ دون الأصلى تفرقة تحكمية وان استدل عليها فدليله مردود بوجه ظاهر الرواية المذكور فى المرجع السابق ومؤداه : أن المانع فى المقارن كون الشيوع مانعا عن تحقق القبض فى النصف الشائع وهذا المعنى موجود فى الطارئ فيمنع البقاء على الصحة(٢٧) •

وما دام الأمر كذلك أى أن التفرقة قد وقعت بين الحنفية أنفسهم فالأولى جواز رهن المشاع •

السبب الثانى :

ان الله سبحانه وتعالى عندما قال : « فرهان مقبوضة » لم يفرق بين قبض المشاع وقبض غيره اذ المطلوب مجرد القبض •

السبب الثالث :

ان المالكية الذين قالوا برهن المشاع يجوزون أساسا رهن الغرر وجواز الشيوع أولى من جواز رهن الغرر ، لعدم الوجود للشئ المرهون فى الغرر ، ووجوده فى المشاع •

---

(٢٦) بدائع الصنائع ج ٦ ص ١٣٨ •

(٢٧) المرجع السابق •

السبب الرابع :

ان الرهن شرع لحاجة الراهن ، والاستيثاق من جانب المرتهن ، وقد لا يكون لدى الراهن ما يقدمه الا الحصة الشائعة ، فلو منعناه لقضينا على الحكمة التى شرع من أجلها الرهن ، والاستيثاق موجود مع الشيوع القائم .

السبب الخامس :

نتساءل مع الحنفية القائلين بعدم جواز رهن المشاع ، ما هو الحكم فيما لو وقع رهن المشاع بالفعل ؟ أيبطل أم يفسد أو غير ذلك ؟

نقل عن الحنفية عبارات مختلفة فى وصف رهن المشاع اذا انعقد :

قال البعض انه باطل وهو اختيار الكرخى .

وقال البعض فاسد كذا ذكره شيخ الاسلام فى شرح السكاكى ، وقال السكاكى رحمه الله : لا يجوز رهن المشاع ، ولم يصفه بالبطلان أو الفساد .

وفى المغنى والذخيرة اشارة الى أنه فاسد لا باطل ، حيث قال : والمقبوض بحكم الرهن الفاسد مضمون فى الصحيح وفى الباطل لا يضمن لأن الباطل لا ينعقد أصلا فكان كالبيع الباطل والفاسد ، وشرط انعقاد الرهن أن يكون مالا والمقابل به مالا مضمونا له ، فاذا وجدت شرائط الجواز ينعقد صحيحا واذا انعقد شرط من شرائط جوازه ينعقد فاسدا ، وفى كل موضع لم يكن الرهن مالا أو لم يكن المقابل مضمونا لا يكون الرهن منعقدا(٢٨) .

---

(٢٨) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق جـ ٦ ص ٦٨ .

والكلام المتقدم يوحى بأن رهن المشـــاع ، منهم من قال ببطلانه ومنهم من قال بفساده والذى نراه ان من قال بفســـاده لعله لا يعنى البطلان المطلق بل يعنى به البطلان النسبى ، حيث ان الباطل لم يشرع بأصله ولا بوصفه بخلاف الفاسد فله ما شرع بأصله دون وصفه •

ومن ثم ان عنوا بالفساد البطلان النسبى ترتب عليه : أن رهن المشاع ان وصف بالفساد وأزيل الشيوع يصح الرهن دون احتياج الى عقد جديد بخلاف الباطل فانه يحتاج الى عقد جديد لأن الفساد ناتج عن وصف لا يخالط العقد فى أركانه به فى شرط من شرائطه ، وهـــذه الشرائط فى الشىء المرهون ، لأن المرهون من حيث هو يكون ركنا ماديا فى الرهن ، وأما الأوصاف الاخرى فيمكن أن يختل بعضها دون البعض الآخــــر •

ووصف الشـــيوع لا يخالط العقد وان خالط المرهون ، ولا يمكن ابطال العقد لمجرد مخالطة وصف الشيوع للمرهون •

الســـبب الســـادس :

ينبنى على ما تقدم وهو قولنا : ان رهن المشاع وصف بالفساد، فالقاعدة عند الأحناف ان الشرط يزول ويصـــح العقد ، وهذه قاعدة مضطردة ، حتى اننا نستطيع أن نقول ان الفســـاد لا يمكن تحققه مع وجود الشيوع مادام طرفا العقد قد رضيا ذلك •

وكما تقدم فان الرهن عقد رضائى •

(ب) ويشترط فى الشىء المرهون أن يكون مفرغا :

ومعنـــاه أن يكون المرهون فارغا عن ما ليس بمرهون ، فان كان مشغولا به وصورته : أن يرهن دارا فيها متاع للراهن وســـلم الدار

أو سلم الدار مع ما فيها من المتاع أو رهن جوالقا دون ما فيه وسلم الجوالق أو سلمه مع ما فيه لم يجز ، لأن معنى القبض هو التخلية الممكنة من التصرف وهذا لا يتحقق مع الشغل ، ولو أخرج المتاع من الدار ثم سلمها فارغة جاز •

وكون المرهون مفرغا ينظر اليه فى حال القبض لا فى حال العقد لأن المانع هو الشغل وقد زال فينفذ كما فى رهن المشاع(٢٩) •

(ج) ويشترط فى الشىء المرهون أن يكون مميزا :

بمعنى أن يكون منفصلا عما ليس بمرهون ، فاذا قبضه كذلك وجد القبض على الكمال أما اذا اتصل بغيره وقبضه وهو متصل فلايوجد القبض كاملا ، لانتفاء القبض المأمور به فى الآية ، لان المرهون اذا اتصل بغيره لم يستطع المرتهن أن يحبس المرهون المدة المقررة(٣٠) •

وقد ورد هذا الشرط عند الشيعة الاباضية حيث قالوا :(المرهون ما عين ، أى شخص فى الخارج وميز أنه هو هذا لا غيره)(٣١) •

---

(٢٩) البدائع جـ ٦ ص ١٤٠ •
(٣٠) المرجع السابق ص ١٤٢ •
(٣١) انظر شرح النيل وشفاء العليل جـ ١١ ص ١٥ •

المبحث الثالث

حكم زيادة المرهون ونمائه

بعد أن تكلمنا عن الشيء المرهون وما يشترط فيه على اختلاف المذاهب رأينا أن نتبعه بالكلام عن الزيادة والنماء وهل تصير الزيادة رهنا أم لا ؟

وقبل أن نذكر حكم هذه المسألة نتكلم عن أنواع هذه الزيادة :

هذه الزيادة تتنوع الى نوعين هما :

زيادة متصلة وزيادة منفصلة :

١ ـ الزيادة المتصلة : هى التى تتصل بالمرهون ولا تنفصل عنه كالسمن والتعلم .

٢ ـ الزيادة المنفصلة هى التى تتصل بالمرهون ويمكن انفكاكها عنه كالولد واللبن والصوف والثمرة والكسب .

حكمها :

ان الزيادة اذا كانت متصلة أو منفصلة وفى حكمها غلة الشيء المرهون .

١ ـ فعند الحنابلة والنخعى والشعبى أن الزيادة تابعة للمرهون فتصير رهنا معه حتى اذا احتاج المرتهن فى وفاء دينه الى بيع الزيادة بيعت واستوفى منها اتصلت أو انفصلت(٣٢) .

٢ ـ أما الحنفية والثورى فقد فصلوا بين النماء والكسب فقالوا بتبعية النماء للرهن وعدم تبعية الكسب للمرهون(٣٣) .

---

(٣٢) المغنى والشرح الكبير جـ ٤ ص ٤٣٥ .

(٣٣) انظر البدائع جـ ٦ ص ١٣٩ .

٣ ــ وقال الامام مالك لا يدخل من الزيادة في الرهن الا الولد فقط (٣٤) ٠

٤ ــ وقال الشافعى وأبو ثور وابن المنذر : لا يدخل فى الرهن شىء من النماء انفصل ولا من الكسب ، دون المتصل (٣٥) ٠

٥ ــ وأما الشيعة فقد قالوا : أن الزيادة المتصلة تتبع الرهن وأما المنفصلة فلهم فيها تفصيل طويل لا يخرج عن الآراء المتقدمة (٣٦)

أدلة هذه الأقوال :

دليل القول الأول :

١ ــ أن الفروع تابعة للأصول فتأخذ حكمها ٠

٢ ــ أن الرهن حكم يثبت فى العين بعقد المالك فيدخل فيه النماء والمنافع قياسا على الملك بالبيع وغيره ٠

٣ ــ ولأن النماء نماء حادث من عين الرهن فيدخل فيه قياسا على المتصل ٠

٤ ــ أن الرهن حق مستقر فى الأم ثبت برضى المالك فيسرى الى الولد قياسا على تدبير والاستيلاد (٣٧) ٠

---

(٣٤) قال فى التاج والاكليل بهامش مواهب الجليل ج ٥ ص ١٥ « ان كل زيادة فى الرهن للراهن الا اذا رضى أن تكون للمرتهن باستثناء الولد ، وقال ابن القاسم من المالكية : الصوف الذى كمل نباته يوم الرهن يكون رهنا معها ٠

(٣٥) مغنى المحتاج لمعرفة ألفاظ المنهاج ج ٢ ص ١٣٩ ٠

(٣٦) انظر كتاب الايضاح للشماخى ج ٧ ص ١٨٩ ــ ١٩٣ ٠

(٣٧) انظر المغنى والشرح الكبير ج ٤ ص ٤٣٥ ٠

واستدل الحنفية بما يلى :

قالوا ان الكسب فى حكم الكتابة والاستيلاد والتدبير فلا يتبع فى الرهن قياسا على أموال الراهن الاخرى بجامع ملكيته لكل منها(٣٨)

واستدل الامام مالك بما يلى :

ان الولد يتبع الأصل فى الحقوق الثانية قياسا على ولد أم الولد(٣٩) ٠

واستدل الشافعية بما يلى :

١ ـ ان عقد الرهن عقد لا يزيل الملك عن الرقبة فلا يسرى الى الزيادة المنفصلة قياسا على الاجارة بخلاف الزياد المتصلة كسمن وكبر وتعليم فانها تتبع الأصل لعدم تمييزها(٤٠) ٠

٢ ـ ولأن عقد الرهن حق تعلق بالاصل يستوفى من ثمنه فلايسرى الى غيره قياسا على حق الجناية فانها تتعلق بالجانى ولا تتعداه الى غيره(٤١) ٠

٣ ـ قول رسول الله صلى الله عليه وسلم (الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه) والنماء غنم فيكون للراهن ٠

٤ ـ أن هذه الزيادة عين من أعيان ملك الراهن لم يعقدا عليها عقد رهن فلم تكن رهنا كسائر ماله(٤٢) ٠

---

(٣٨) انظر بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٣٩ ٠

(٣٩) المغنى والشرح الكبير جـ ٤ ص ٤٣٥ ٠

(٤٠) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٣٩ ٠

(٤١) المغنى والشرح الكبير جـ ٤ ص ٤٣٥ ٠

(٤٢) المرجـع السـابق ٠

واستدل الشيعة بما يلى :

ان الفروع تابعة للاصول فوجب لها حكم الأصل(٤٣) •

الرأى المختار :

والرأى المختار لدينا ما قال به الحنابلة وذلك لأسباب هى :

١ ـ انهم لم يفرقوا بين الزيادة المتصلة والمنفصلة فجعلوها كلها تابعة للرهن مادامت متولدة عنه •

٢ ـ أن عقد الرهن عندما انعقد لم يراع الا الأصل المتعاقد عليه ، فانه الذى يستوفى منه ، وجعل الزيادة تابعة له تزيد من الاستيثاق الذى شرع الرهن من أجله •

٣ ـ أن المرتهن ان تعذر وفاؤه من الرهن لنقص قيمته عن الدين عند البيع يرجع على الراهن ليستوفى منه بقية دينه ، فالأولى أن تجعل الزيادة رهنا ، لتكون مصدرا للاستيفاء بدلا من أن يرجع المرتهن الى الراهن ليستوفى من أمواله الأخرى •

٤ ـ أن الحنابلة حاولوا أن يردوا على أدلة كل رأى حيث قالوا ما يلى :

(أ) ردوا على مالك : بأن الزيادة تعتبر نماء حادثا من عين الرهن فسرى اليه حكم الرهن قياسا على الولد ، ومن ثم فلا داعى للتفرقة بين الولد وغيره خصوصا ان ابن القاسم وهو مالكى قد ضم الى الولد الصوف •

(ب) وردوا على أبى حنيفة : بأن الرهن عقد يستتبع النماء فاستتبع الكسب قياسا على الشراء •

(جـ) وردوا على الشافعى : بأن الحديث المذكور فنقول به فالغنم

---

(٤٣) كتاب الايضاح للشماخى جـ ٧ ص ١٨٩ ، ١٩١ •

والنماء والكسب للراهن لكن يتعلق به حق المرتهن كالأصل فإنه للراهن والحق متعلق به ، والفرق بينه وبين سائر مال الراهن أنه تبع فيثبت له حكم أصله .

وأما حق الجناية فانه ثبت بغير رضا المالك فلم يتعد ما ثبت فيه ولأن الجناية جزاء عدوان فاختصت بالجانى فاستوجبت القصاص ولان السراية فى الرهن لا تفضى الى استيفاء أكثر من دينه فلا يكثر فيه الضرر(٤٤) .

هل يجوز رهن الزيادة أم لا ؟

بعد أن تكلمنا عن الزيادة فى المرهون هل تتبع المرهون أم لا؟وبينا آراء الفقهاء فى ذلك..رأينا تتميما للفائدة واربط الأحكام بعضها ببعض أن نتكلم عن حكم رهن الزيادة مرة أخرى بعد الرهن الأول :

بالبحث والتنقيب وجدنا أن المسألة فيها أكثر من رأى وسنذكر هذه الآراء بعد تصوير المسألة :

وتصوير المسألة : رجل رهن بقرة عند آخر فولدت بعد الرهن أو عبدا فآجره وصارت أجرته تبعا له وغير ذلك من الغلة والنماء ... وأراد الراهن أن يرهن هذه الزيادة فهل له ذلك .

الرأى الأول :

أنه لا يجوز رهن الزيادة بحال من الأحوال حتى لو أذن المرتهن وعلة ذلك : أن هذه الزيادة التى يريد رهنها مجهولة ولا يدرى هل تصح أم لا ؟ ولعلها لا تصح لاختلاف فى الأسعار .

حتى لو أذن المرتهن لا يجوز الرهن لزيادة وسبب ذلك لأن القاعدة أنه متى جالت يد الراهن فى الرهن بطل الرهن .

---

(٤٤) المغنى والشرح الكبير جـ ٤ ص ٤٣٥ .

الرأى الثـانى :

أنه يجوز الرهن فى هذه الصورة بثلاثة شروط :

١ ــ الاذن من الطرفين •

٢ ــ أن يكون أجل الرهن الثانى بعـد أجل الرهن الأول أو معه ولا يكون قبله •• لأنه لا يجوز أن يبيع الآخر حتى يستوفى المرتهن الأول حقـه •

٣ ــ أن يبقى الرهن بيد المرتهن الأول دون الثاني ولا ينتقل اليه الا باذن الراهن والمرتهن •• وعلّة ذلك أنه لا شيء الثـانى فى الرهن والزيادة الا بعد وفاء حق الأول •

ودليل هـذا الرأى :

ان الزيادة مال للراهن رهنا مقبوضا فى حقه فجاء كسائر الأموال والجهل الداخل فيها لا يبطل جوازه قياسا على أن جهل قيمـة رهن الاصل لا يبطله فلعله لا يكون فيه وفاء الدين أو لعله يذهب كله فلا يبطل بذلك لأنه موجود وهذه العلل كلها أطوار فيه •

ومن الرأيين المتقدمين يتولد رأى ثالث مؤداه أنه اذا أراد الراهن رهن الزيادة فلابد من اذن المرتهن ، واذا ما أراد المرتهن رهن الزيادة فلابد من اذن الراهن(٤٥) •

---

(٤٥) انظر كتاب الايضاح للشماخى جـ ٧ ص ١٥٥ ، ١٥٦ ، شرح النيل وشفاء العليل جـ ١١ ص ٢١ ، ٢٢ •

الفصل الرابع

فى المرهون به

ويحتوى على المباحث الآتية :

المبحث الأول : تعريف المرهون به وتقسيمه •

المبحث الثانى : فى شروط المرهون به عند الحنفية •

المبحث الثالث : شروط المرهون به عند الشافعية •

المبحث الأول

فى المرهون به وتقسيمه

ويسمى المرهون فيه ويسمى المقابل للرهن ويسمى بالدين المضمون،

ويمكن تعريف المرهون به بأنه :

ما يقدمه المرتهن للراهن تيسيرا لحاجته ويأخذ فى مقابله رهنا •

وقد اتفق الفقهاء بلا استثناء على أن المرهون به ركن من أركان الرهن بحيث لو فقد لم ينعقد الرهن ، لأنه يترتب على قضائه انهاء عقد الرهن • ومع اتفاق الفقهاء على أن الدين المضمون مرهون به ، ولكن هل يجوز أن يكون المرهون به غير دين ؟

وللاجابة على هذا التساؤل علينا أن نستعرض أقوال الفقهاء فى المرهون به عندهم ، وذكر الشروط التى اشترطها كل مذهب على حدة، وذلك على النحو التالى :

المبحث الثانى
فى شروط المرهون به عند الحنفية

ما قاله الحنفية بشأن المرهون به :

ان الحنفية عندما تكلموا عن المرهون به ساروا على تعريفهم ، لأنهم فى التعريف قالوا : (حبس شىء مالى بحق يمكن استيفاؤه منه كالدين) فكلمة بحق فى التعريف تطلق على المرهون به ، وذكروا الدين مثالا ، فكأن الحنفية أجازوا أن يكون المرهون به دينا كسائر الفقهاء ، وزادوا على ذلك صحة أن يكون المرهون به عينا ، الا أنهم اشترطوا فى المرهون به ما يأتى :

١ — أن يكون المرهون به مضمونا ، والأصل فى اشتراط الضمان هو كون المرهون به مضمونا شرط جواز الرهن لأن المرهون مضمون بمعنى سقوط الواجب عند هلاكه أو بمعنى استيفاء الواجب والذى نعنيه بالمضمون هو أن يكون واجب التسليم على الراهن .

والمضمون نوعان :

(أ) دين . (ب) عين .

(أ) فالدين يجوز الرهن به بأى سبب كان الدين ، سواء كان الدين قد وجب بسبب الاتلاف أو الغصب أو البيع ونحوها ، لأن الديون كلها واجبة على اختلاف أسباب وجوبها فكان الرهن بها رهنا بمضمون فيصح سواء كان الدين المضمون مما يحتمل الاستبدال قبل القبض أو لا يحتمله كرأس مال السلم وبدل الصرف(١) وان خالف فيهما المالكية لان الصرف وان كان الدين فيه مضمونا الا أن التقابض

---

(١) انظر البدائع جـ ٦ ص ١٤٢ .

مشروط فى المجلس أما رأس مال السلم فلا يجوز أخذ رهن فى مقابله لانه يصير من قبيل الدين(٢) بالدين المنهى عنه ، وان كان الظاهرية قد قصروا أخذ الرهن فى مقابل المسلم فيه خاصة وذلك لان آية المداينة ذكرت عقبها آية الرهن ، وآية المداينة قد وردت فى السلم(٣) .

وقد خالف زفر رأى الحنفية فقال لا يجوز الرهن بهـــذه الديون كلها ، وسبب ذلك أن سقوط الدين عند هلاك الرهن بطريق الاستبدال على معنى أن عين الدين تصـــير بدلا عن الدين لا بطريق الاستيفاء ، لأن الاستيفاء لا يتحقق الا عند المجانســـة ، والرهن مع الدين يكونان مختلفى الجنس عادة فلا يكون القول بالسقوط بطريق الاستيفاء فتعين أن يكون بطريق الاستبدال ، فيختص جواز الرهن بما يحتمل الاستبدال وهذه الديون كما لا يجوز استبدالها فلا يجوز الرهن بها .

ورد الامام وصاحباه على زفر فقالوا :

ان السقوط بطريق الاستيفاء كما هو معروف فى حكم الراهن ، واستيفاء هذه الديون ممكن ، وأن قوله الاستيفاء يتطلب المجانسة .. يرد عليه بأن المجانسة ثابتة من وجه لأن الاستيفاء يقع بمالية الرهن لا بصورته ، والاحوال كلها فيما يرجع الى معنى المـــالية جنس واحد ، وقد يسقط اعتبار المجانسة من حيث الصورة ويكتفى بمطلق المـــالية للحاجة والضرورة قياسا على اتلاف ما لا مثل له من جنسه،وقد تحققت الضرورة فى باب الرهن لحاجة النـــاس الى توثيق ديونهم من جانب الاستيفاء فأمكن القول بالاستيفاء ، واذا جاز الرهن بهذه الديون فان هلك الرهن فى المجلس تم الصرف والسلم لأنه صار مستوفيا عين حقه

---

(٢) انظر قوانين الأحكام الفقهية لابن جزى ص ٣٣٩ .

(٣) انظر قوانين الأحكام الفقهية لابن جزى ص ٣٣٩ .

فى المجلس لا مستبدلا ، ولو لم يملك حتى افترقا بطلا لفوات شرط البقاء على الصحة وهو القبض فى المجلس .

(ب) أما العين اما أن تكون أمانة أو مضمونة فان كانت أمانة كما فى المضاربة والوديعة والشركة فلا يجوز الرهن بها اجماعا .

أما ان كانت مضمونة فهى قد تكون مضمونة بنفسها أو بغيرها .

فالمضمونة بنفسها هى التى يجب بهلاكها ضمان مثلها ان كان لها مثل والا وجبت قيمتها مثل المغصوب فى يد الغاصب والمهر فى يد الزوج وبدل الخلع فى يد الزوجة وبدل الصلح عن دم العمد فى يد العاقلة .

وهذه العين المضمونة بنفسها لا خلاف فى جواز الرهن بها بمعنى أن هذه الأشياء كلها ان لم يستطع صاحبها الحصول عليها كانت دينا له أن يطلب فى مقابلها رهنا والعين المضمونة بغيرها مثل : البيع فى يد البائع ليس مضمونا بنفسه بل بثمنه وكون العين المضمونة بغيرها تقع مرهونا بها فى ذلك خلاف(٤)

٢ — يشترط أيضا فى المرهون به أن يكون محتملا للاستيفاء من الرهن فان لم يحتمل لم يصح الرهن به ، لأن الارتهان استيفاء ، وعلى هذا يخرج الرهن بالقصاص فى النفس وما دونها ، فانه لا يجوز ، لأنه لا يمكن استيفاء القصاص من الرهن ، ويجوز الرهن بأرش الجناية لأن استيفاءه من الرهن ممكن فصح الرهن به(٥) .

---

(٤) بدائع الصنائع ج ٦ ص ١٤٢ ، ١٤٣ .
(٥) المرجع السابق ص ١٤٤ .

المبحث الثالث

في شروط المرهون به عند الشافعية

أما الشافعية فقد اشترطوا في المرهون به أن يكون : دينا ، ثابتا ، لازما ، معلوما •

١ ـ كونه دينا : فلا يجوز أن يكون المرهون به عينا وقد اشترط المالكية هذا الشرط حيث قال ابن الحاجب « شرط المرهون به أن يكون دينا »(٦) •

وعلى هذا فلا يكون المرهون به عينا مضمونة أو أمانة ويدل لذلك :

(أ) أن الله سبحانه وتعالى ذكر الرهن في آية المداينة فلا يثبت في غيرها عملا بقوله تعالى « فرهان مقبوضة » بعد قوله تعالى « اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه » •

(ب) ولأن المرهون به اذا كان عينا تعذر استيفاؤها من ثمن المرهون وذلك مخالف لغرض الرهن عند البيع اذ العين تباع ليستوفى من ثمنها عند العجز فاذا كان المرهون به عينا فكيف تستوفى العين من ثمن العين ويتفرع على ذلك :

---

(٦) انظر التاج والاكليل بهامش مواهب الجليل ج ٥ ص ١٦ •• ومع وجود هذا الشرط عند المالكية أرى انهم خالفوا ما عليه تعريف الرهن عندهم حيث قالوا : بذل من له البيع ما يباع أو غررا ولو اشترط في العقد وثيقة بحق •• فكلمة حق الأخيرة في التعريف تطلق على المرهون به وهي عامة تشمل الدين في العين اذن فنص ابن الحاجب في تخصيص الحق بالدين تخصيص بلا مخصص وكلام ابن الحاجب يتناقض مع ما نقل عن مالك في المدونة حيث أجاز أشهب الرهن في الأعيان المضمونة وان كان هناك رأى يقابله يمنع الرهن •• (المرجع السابق) •

أنه لو وقف أحد الأشخاص كتابا أو شيئا واشتراط ألا ينتفع به أحد الا بوضع رهن مكانه فهل يعمل بهذا الشرط أم لا ؟

وقع خلاف بين الشافعية الذين اشترطوا أن يكون المرهون به دينا كما يلي :

قال الماوردى : انه باطل وسبب ذلك : أنه لو أخذ فى مقابل الشيء الموقوف رهنا لكان الموقوف مرهون به وهو عين وشرطنا أن يكون المرهون به دينا وقد أفتى القفال بخلافه أى بصحة الوقف والرهن لأن هذا الأمر ربما استدعته الضرورة للمحافظة على الشيء الموقوف •

وقد بحث السبكى بحثا حسبنا فى هذا :

وهو أن الواقف ان أراد الرهن الشرعى لم يصح ، وان أراد الرهن اللغوى أى مجرد الحبس صح وهو أن يكون المرهون تذكرة فحسب صح فى هذه الحالة ، وان لم تعرف للواقف ارادة أى المعنيين الشرعى أو اللغوى فالأقرب صحته ، ويحمل على الثانى تصحيحا للكلام ما أمكن لان أعمال الكلام أولى من اهماله(٧) •

واعترض الزركشى على ما قاله السبكى عندما لا تعرف ارادة الواقف وقوله « الأقرب صحته » وحمله على المعنى اللغوى •

بأن الاحكام الشرعية لا تتبع اللغة ، وكيف يحكم بالصحة مع أنه لا يجوز له حبسه شرعا ؟ وأى فائدة فى الصحة حينئذ •

وقد اعترض على ما أفتى به القفال :

بأن الراهن أحد المستحقين ، والراهن لا يكون مستحقا لنفسه على نفسه اذ المقصود بالرهن الوفاء من ثمن المرهون عند التلف ، وهذا الموقوف لو تلف بغير تعد ولا تفريط لم يضمن •

---

(٧) الاشباه والنظائر للسيوطى •

وعلى اعتبار الوقف والغاء الشرط لا يجوز اخراجه برهن لالغاء الشرط ولا بغير رهن لكون المرهون به سيصير عينا لا دينا ، فعندئذ لا يخرج مطلقا .

وفى حالة تعذر الانتفاع بهذا المرهون فى المحل الموقوف فيه وتحقق الثقة بمن ينتفع به فى غير ذلك المحل أنه يرده الى محله جاز اخراجه كما أفتى بعض المتأخرين(٨) .

ويشترط فى الدين ما يلى :

أن يكون ثابتا فى الذمة وأن يكون لازما وأن يكون معلوما .

أولا : من حيث ثبوت الدين فى الذمة :

فلا يصح الرهن بدين غير ثابت فى الذمة سواء أوجد سبب وجوبه كنفقة زوجته فى الغد أم لا ، لأن نفقة زوجته فى الغد لم تثبت فى الذمة ، وان وجد سبب وجوبها وهو الزوجية ، أو رهنا على ما سيقرضه فلا يصح ، لأن القرض لم يثبت والرهن وثيقة حق فلا يقدم على الحق الذى يريد توثيقه قياسا على الشهادة ، فلو ارتهن قبل ثبوت الحق وقبضه لم يصر رهنا وانما يعتبر مأخوذا على جهة سوم الرهن (وهذا ما يسمى بالتعاقد على الرهن) .

ويتفرع على ذلك أنه لو استحقت المنفعة أو استقرض لم يصر رهنا الا بقبض جديد ، لأن القبض الاول لا يعتبر لهذا العقد لسبقه عليه .

ثانيا : من حيث كونه معلوما :

يشترط فى الدين المرهون به أن يكون معلوما للعاقدين قدرا وجنسا وصفة ، فلو جهله المتعاقدان أو أحدهما فلا يصح عقد الرهن

---

(٨) انظر مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٣٦ .

قياسا على الضمان لان الدين المضمون يعتبر من قبيل المحل المعقود عليه وجهالة المحل تفضى الى المنازعة .

ثالثا : من حيث اللزوم :

يشترط في الدين أن يكون لازما للراهن ، فلا يصح بالدين الذى لم يلزم بعد أو يؤول الى اللزوم بعد ذلك ، لانه لابد أن يكون لازما بالفعل ، فيخرج بدل الكتابة ، لان المكاتب لم يحن أجل سداد بدل كتابته ولان المديون يمكنه أن يسقط دينه فلا تكون هناك فائدة للوثيقة في دين لم يلزم(٩) .

ومثال ما يؤول الى اللزوم : قوله (ويجوز الرهن بالثمن في مدة الخيار) لان الاصل في وضعه اللزوم وهو يؤول اليه حيث قلنا أن المشتري ملك المبيع ليملك البائع الثمن ، ولا شك أن المرهون لا يباع في الثمن ما لم تمض مدة الخيار .

ويلاحظ أنه لا يغنى وصف الدين بالثبوت عن وصفه باللزوم ، لأن الثبوت معناه وجود الدين فى الحال ، واللزوم وعدمه صفة للدين فى نفسه لا يتوقف على وجود الدين كما يقال دين القرض لازم ودين الكتابة غير لازم .

أما الحنابلة فلا يخرج قولهم عن الشروط المتقدمة التى ذكرها الاحناف والمالكية والشافعية .

أما الشيعة فقد اشترطوا فى المرهون به شرطين :

الأول : أن يكون المرهون به مخالفا للمرهون في جنسه (عند أكثرهم) والعلة فى هذا الشرط : لكى تقع المخالفة بين المرهون والمرهون

---

(٩) انظر مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٢٦ .

به فان اتحدا تحققت شبهة الربا فى الجنس والزيادة والاجل اما من حيث الجنس : لانه ان اتحد جنس المرهون به والمرهون أشبه بيع الجنس بالجنس وهو منهى عنه خصوصا اذا كان هناك أجل أما زيادة فهى : الاستيثاق بما فى يده من الرهن .

أما الاجل فانه يعتبر ظاهرا حيث ان المرتهن يقدم المرهون به للراهن وينتظر مدة من الزمن حتى يحين أجل الوفاء تجانسا انجر عليهما التحريم المنهى عنه فى الحديث الذى ينهى عن حرمة الربا حيث قال النبى ﷺ « لا تبيعوا الذهب بالذهب الا هاء وهاء » — معناها خذ وهات — فاذا تأخر أخذ أحدهما دون الآخر أدى الى الربا المنهى عنه .

وقال أبو العباس يجوز رهن الجنس فى جنسه بمعنى أن يكون المرهون به من جنس المرهون وعلل ذلك بأنه لا ربا فيه لان العقد رهن وليس بيعا .

وقال بعضهم يجوز ان خالفه مخالفة يسيرة .

الثانى : يشترط أن يباح التصرف للراهن فى المرهون به حالا أو بالاجازة وعلة ذلك أن الراهن صار كالمالك للمرهون فتصرفه فيه نافذ اما بخلافة أو بوكالة أو بامارة فكأنه نائب شرعى فى التصرف فى الشىء المرهون بالنيابة عن مالكه الذى قدمه له ، وان المرتهن لم يقدم له المرهون به الا لانه يعتقد تماما أن الراهن فى حاجة ماسة الى المرهون به لكى يقوم بالتصرف فيه(١) .

وباستعراضنا للشروط التى ينبغى توافرها فى الشىء المرهون به

---

(١) انظر شرح النيل وشفاء العليل جـ ١١ ص ٣٠ ، ٣١ .

نجد أن المذاهب جميعها تتفق فى كون المرهون به دينا وان زاد الحنفية على ذلك كونه عينا مضمونة وان كان الشافعية ومعهم الحنابلة والمالكية حاولوا أن يشترطوا فى الدين شروطا •

أما الشيعة فلهم شروط فى رأيى ربما كانت بعيــدة ، حيث أن اشتراطهم مطلق المخالفة يتناقض مع الواقع لان الراهن لو كان عنــده شىء ما هو الداعى أن يأخذ من غيره شيئا متجانسا معما عنده ، كما أن مجرد عقد الرهن يبيح للراهن التصرف فى الدين الذى أخــذه فهــذا لا يعتبر شرطا وانما يعتبر أثرا من آثار عقد الرهن •

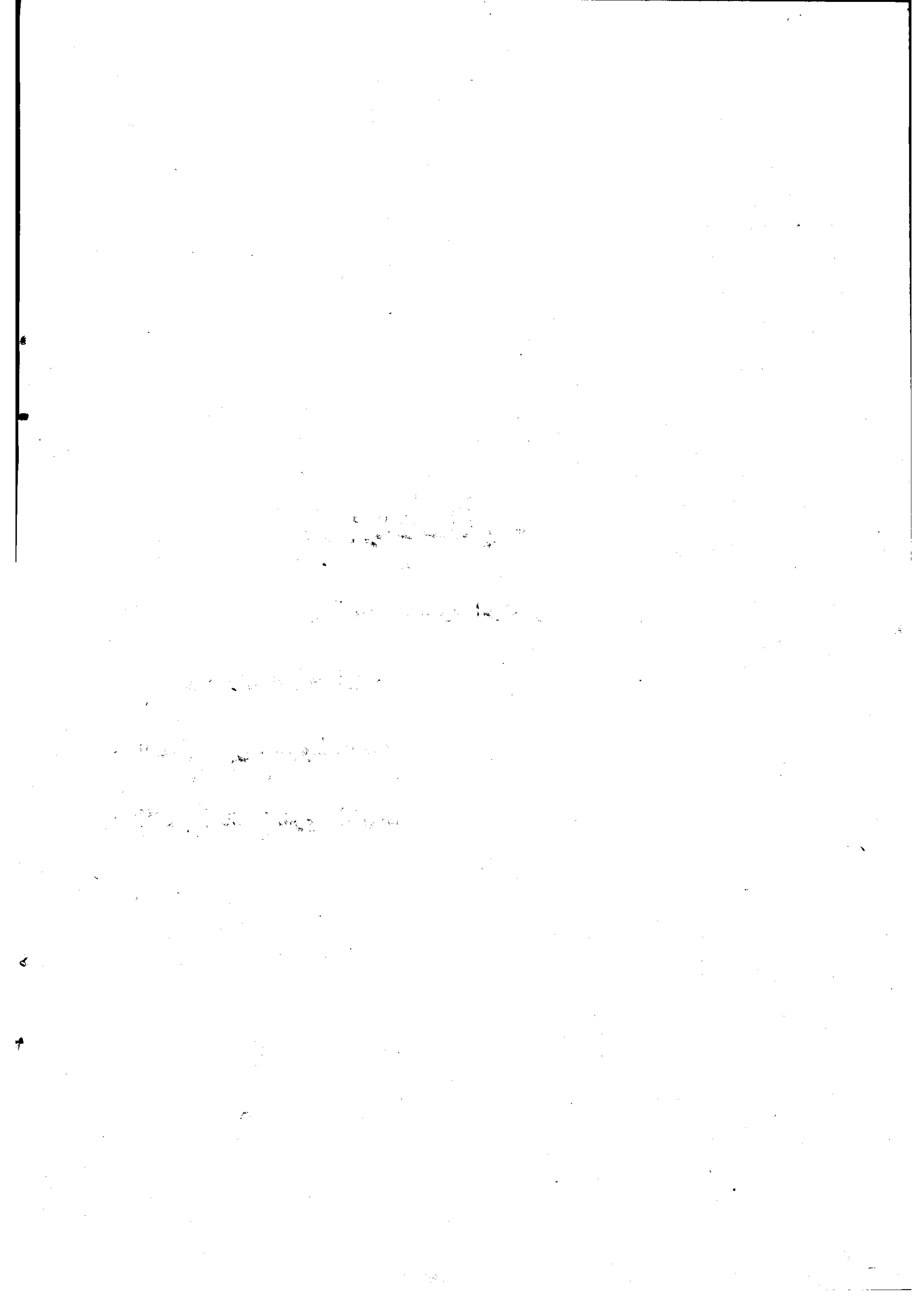
الباب الثالث

شـــــروط الرهـــن

ويحتوى على فصلين :

الفصل الاول : شروط الصحة .

الفصل الثانى : شروط الفساد .



تمهيـــد :

بعد أن فرغنا من الكلام عن أركان الرهن وهي الدعائم الاساسية للعقد رأينا أن نتبعها بذكر الشروط ، والشرط : هــو ما كان خارجا عن المــاهية ويمكن أن نقول ما قاله الاصوليون أنه ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجـوده وجود ولا عدم لذاته هــذا وان كان تعريفــا أصوليا الا أن تطبيقه فى الفقه أوضح بل ان تأثر العقود به أصرح ومن ثم نقسم الشروط الى قسمين :

شروط صحة وشروط فســاد .

ونبدأ ببيان شروط الصحة فنبين تعدادها ، وأقوال الفقهاء فيها وذكر الاحكام المترتبة عليهــا ، ثم نذكر شروط الفساد ، ونبين آراء الفقهاء فيها ، ونذكر الاحكام المترتبة على الفساد ، ونرى هل يفســد العقد بفساد هذه الشروط أم لا ؟

الفصل الأول

شـــروط الصحة

وفيـه أربعة مبـاحث :

المبحث الاول : معنى القبض وأنواعه .

المبحث الثانى : حكم القبض وأقوال الفقهاء فيه .

المبحث الثالث : اسـتدامة القبض .

المبحث الرابع : وضع الرهن على يد عدل .

أولا : شــــروط الصــحة :

وشروط الصحة هى على ما تقدم من تعريف الشرط اذا انعدمت ترتب على عدمها بطلان العقد كالقبض مثلا بالنسبة للرهن فاذا انعدم بطل عقد الرهن ولا ينعقد واذا وجد القبض من جانب المرتهن قد يوجد الرهن اذا اتفق الراهن والمرتهن على أنه رهنا ، وقد لا يوجد الرهن ، اذا قبضه بصفة أخرى كعارية أو وديعة أو غير ذلك .

المبحث الاول

القبض وأنواعه

ويمكن أن نعرف القبض بأنه فى ظاهر الرواية عند الاحناف أنه عبارة عن التخلى وهو التمكن من اثبات اليد وذلك بارتفاع الموانع ويحصل بتخلية الراهن بين المرهون والمرتهن فاذا حصل ذلك صار الراهن مسلما والمرتهن قابضا وهو متجه بدليل أن التخلى بدون النقل والتحويل قبض فى العرف والشرع ، أما العرف فان القبض يرد على ما لا يحتمل النقل والتحويل من الدار والعقار يقال هذه الارض أو الولاية فى يد فلان فلا يفهم منه الا التخلى وهو التمكن من التصرف وأما الشرع : فان التخلى فى باب البيع قبض بالاجماع من غير نقل وتحويل دل على أن التخلى بدون النقل والتحويل قبض حقيقة وشريعة فيكتفى به .

وان كانت هناك تعاريف أخرى للقبض آثرنا عدم ذكرها لاقترابها من هذا التعريف .

أنواع القبض :

يتنوع القبض الى نوعين : نوع بطريق الاصالة ونوع بطريق النيابة .

أما القبض بطريق الاصالة : فهو أن يقبض بنفسه لنفسه .

أما القبض بطريق النيابة فهو نوعان :

نوع يرجع الى القابض ونوع يرجع الى نفس القبض :

أما الذى يرجع الى القابض فنحو قبض الاب والوصى عن الصبى وكذا قبض العدل يقوم مقام قبض المرتهن .

وأما الذى يرجع الى نفس القبض فهو أن المرهون اذا كان مقبوضا عند العقد فهل ينوب ذلك عن قبض الرهن أم لا ؟ أن القبضين اذا تجانسا ناب أحدهما عن الآخر واذا اختلفا ناب الاعلى عن الادنى(١)

---

(١) انظر بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٤١ ، ١٤٢ .

المبحث الثانى

حكم القبض

أما حكمه فقد اتفقت كلمة الفقهاء بلا استثناء على أن القبض شرط لانعقاد الرهن ثم اختلفوا بعد ذلك هل هو شرط صحة أو شرط تمام ؟

فرأى الحنفية(٢) والشافعية(٣) والشيعة(٤) والظاهرية(٥) : أن القبض شرط صحة لانعقاد الرهن .

وأما الحنابلة فقد فرقوا بين رهن المنقول وغيره فجعلوا القبض فى رهن المنقول شرط صحة كغيرهم ، وأما العقار فقد ورد عن الحنابلة روايتان تقول احداهما : بأن القبض شرط صحة فى العقار كالمنقول والاخرى : بأن الرهن يلزم بمجرد العقد دون حاجة الى القبض ويعتبر القبض شرط تمام .

قال صاحب المغنى « وقد نص أحمد على وجود الروايتين فى رواية الميمونى ، وحمل القاضى كلام الخرقى على المكيل والموزون خاصة وليس بصحيح فان كلام الخرقى مع عمومه قد اتبعه بما يدل على ارادة التعميم »(٦) .

وأما المالكية فقد قالوا بأن القبض ليس شرط صحة فى عقد

---

(٢) انظر البدائع ، ولسان الحكام ص ٣٧٥ .

(٣) انظر مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٢٨ .

(٤) الايضاح للشماخى جـ ٧ ص ١٦٥ ، ١٦٦ .

(٥) انظر المحلى جـ ٨ ص ٨٩ .

(٦) انظر المغنى والشرح الكبير جـ ٤ ص ٣٦٨ .

الرهن فان الرهن ينعقد وان لم يقبض المرتهن الرهن ، ولذا فهو شرط تمــــام(٧) •

أدلـــة الفقهـــاء :

استدل القائلون بأن القبض شرط صحة فى انعقاد الرهن بما يأتى:

١ ــ استدلوا بقول الله تعالى : « فرهان مقبوضة » •

وجه الدلالة : حيث وصــف الله سبحانه وتعـالى الرهن بكونه مقبوضا فيقتضى أن يكون القبض فيه شرطا صيانة لخبر الله تعـالى عن الخلف •

٢ ــ لان الرهن عقد تبرع للحال فلا يفيد الحكم بنفسه كسائر التبـــرعات(٨) •

٣ ــ أن الرهن عقد ارفاق يفتقر الى القبول فيفتقر الى القبض قياسا على القــرض(٩) •

أما الحنابلة : فما ذكره القائلون بأن القبض شرط صحة من أدلة فانه يصلح أن يكون أدلة للحنابلة خصوصا فى المنقول ، وأما غيره فهذه التفرقة لا دليل عليها ، ويمكن أن يسرى حكم المنقول الى غيره •

وأما المــالكية الذين قالوا بأن القبض شرط تمــام وليس شرط صحة فقد استدلوا بأن الرهن يلزم بمجرد العقد قبل القبض لانه عقد يلزم بالقبض فلزم قبله قياسا على البيع •

---

(٧) انظر مواهب الجليل جـ ٥ ص ١٧ ، قوانين الأحكام الشرعية لابن جــزى ص ٣٣٩ •

(٨) البـــدائع جـ ٦ ص ١٣٧ •

(٩) المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٣٦٩ •

وقـد رد على هـذا الدليـل :

بأن عقد الرهن لم يقبض فيه المرهون فلا يلزم اقباضه كما لو مات الراهن وقياسه على البيع فاسد وسبب الفساد أن عقد البيع من عقود المعاوضـات وليس عقـد ارفاق • وانما الرهن عقد تبرع فيفتقر الى القبول كما يفتقر الى القبض •

وثمرة الخلاف تظهر في ما لو عقد الرهن ولم يقدم الراهن شيئا للمرتهن فعند الاحناف ومن وافقهم يبطل الرهن ، وعند المـالكية يكون للمرتهن حق المطالبة ما لم يمت الراهن أو يفلس ، فاذا ما قدم الراهن للمرتهن شـيئا قبل الموت أو الافلاس دخل فى حوزته بموجب العقـد السـابق •

وعند الحنفية ومن وافقهم يحتاج الى عقـد جديد •

المبحث الثالث

استدامة القبض

وهذا الشرط مبني على القبض ، لأن معنى الاستدامة أن يظل المرهون تحت يد المرتهن منذ انعقاد الرهن الى حلول الاجل حتى يقوم الراهن بافتكاكه والا بيع واستوفى المرتهن من ثمنه ، وخلال هذه المدة لا يخرج المرهون من تحت يد المرتهن .

حكمه

ان حكم استدامة القبض فى المرهون أمر اختلف فيه الفقهاء على ثلاثة أقوال :

القول الاول : ما قال به الحنفية (١٠) والمالكية (١١) أن استدامة القبض شرط لصحته .

القول الثاني : ما قال به الشافعية (١٢) : أن استدامة القبض ليس بشرط بل يكفى قبض المرهون عند الانعقاد ، ثم يجوز للراهن أن يخرجه من تحت يد المرتهن بطريق الوديعة أو العارية أو الاجارة أو غير ذلك

القول الثالث : ما قال به الحنابلة (١٣) : ان استدامة القبض شرط لزوم فاذا ما أقبضه الراهن عند الانعقاد ثم أخرجه منه بعد ذلك ببيع أو بآخر بطل الانعقاد وفات اللزوم ، فاذا ما أعاده الراهن مرة أخرى قبل الاجل عاد اللزوم مرة أخرى .

---

(١٠) البدائع ج ٦ ص ١٣٧ .

(١١) قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى ص ٣٣٩ .

(١٢) مغني المحتاج ج ٢ ص ١٢٨ .

(١٣) المغني جزء ٤ صفحة ٣٧٠ .

أدلـة هـذه الاقـوال :

أدلة القول الاول :

١ ــ استدلوا بقوله تعالى : « فرهان مقبوضة » •

وجه الدلالة حيث أخبر الله سبحانه وتعالى أن المرهون مقبوض فيقتضى كونه مقبوضا مادام مرهونا لان اخبـاره سبحانه وتعـالى لا يحتمـل الخلف واخراجه من تحت يد المرتهن يعتبر اخلالا بالقبض المطلوب فى الآية الموصوف به الرهن فيمنع صـحة الرهن اذا لم يكن القبـض دائمـا •

٢ ــ أن عقد الرهن يوجب قبض المرهون وتسليم الدين المضمون وكلاهما يرتبط بالآخر لمقابلته به وهما محدودان بأجل الوفاء والاستيفاء فاذا ما أخذ الراهن المرهون جعل الدين المضمون بلا مقابل فاذا ما جاء الاجل الذى يحل به الدين ربما لم يعده الراهن الى يدى المرتهن فينعدم الاستيثاق وربمـا تعذر الوفاء من قبل الراهن وعندئذ ينعدم الغرض المقصود من قبض المرهون ولا يتأكد الاستيثاق الا بدوام القبض •

أدلـة القـول الثـانى :

ان عقد الرهن يعتبر القبض فى ابتدائه فلم يشـترط اسـتدامته قياسا على الهبة وقد رد دليل الشافعى بأنقياس الرهن علىالهبة قياس مع الفارق لان القبض فى ابتـدائها يثبت الملك فاذا ثبت استغنى عن القبض ثانيا والرهن يراد للوثيقة ليتمكن من بيعه واستيفاء دينه من ثمنه فاذا لم يكن فى يده لم يتمكن من بيعه ولم تحصل وثيقة •

أدلـة القـول الثالث :

استدلوا بقوله تعالى « فرهان مقبوضة » وجه الاسـتدلال ان الاستدامة احدى حالتى الرهن فكان القبض فيها شرط كالابتداء •

والراجح لدينا : ما ارتآه الحنفيــة من اســتدامة القبض وذلك للاسـباب الآتيــة :

(أ) ان استدامة القبض بنيت على المقبض والقبض شرط صحة فكانت الاستدامة كذلك لان حكمهما واحد •

(ب) القبض المطلوب فى الآية مطلوب على الدوام لانه وصــف للارتهان والوصف يلازم الموصوف ابتــداءا وانتهـــاءا فالقبض يلازم الارتهان من بداية العقد الى نهايته ولا يتأتى ذلك الا باستدامته •

(جـ) ان الرهن عقد تبرع خصوصا من جانب المرتهن فيزيل هذه الصــفة اســتدامة القبض •

(د) ان اللزوم الذى قال به الحنــابلة لا يمكن أن يوجــد الا بالاستدامة وســبب ذلك أن الراهن اذا أخذ المرهون كان عندهم غير لازم وان كان منعقــدا فان أعاده عاد اللزوم وكيف يكون العقد لازما غير لازم مع أنه عقد واحد والعجيب الغريب أننا نجد المــالكية يقولون بصـــحة اســتدامة القبض وفى نفس الوقت لا يشترطون القبض أى يجعلونه شرط صحة وانما قالوا أنه شرط تمام والاســتدامة مبنية على القبض اذ كيف تبنى الاستدامة وهى شرط صحة على القبض وهو شرط تمام عندهم وفى نفس الوقت نجــد أن الذين قالوا بأن القبض شرط صحة قالوا بأن استدامة القبض ليست شرطا أو هى شرط لزوم •

المبحث الرابع

وضع الرهن على يد عدل

لما كان كلامنا فى القبض واستدامته وهما للمرتهن رأينا تتميما للفائدة أن نذكر وضع الرهن على يد عدل ٠

اتفق الفقهاء على جواز القبض للمرتهن كما اتفقوا على جواز قبض من ينوب عن المرتهن والذى ينوب عن المرتهن لابد وأن يكون عدلا وهذه النيابة يستمدها العدل من المرتهن لان قبض العدل كقبض المرتهن بشرط أن يأذن له المرتهن هذا اذا كان الذى أنابه هو المرتهن ولكن الراهن قد لا يثق فى وضع الرهن تحت يد المرتهن وعندئذ يتفق الراهن والمرتهن على وضع الرهن تحت يد عدل يرتضيانه ويثقان فى ذمته ٠

القول الاول :

وعند الحنفية : يكون للعدل ما للمرتهن من حق الحبس الدائم الى نهاية المدة المقررة(١٤) ٠

وعند غير الحنفية : يكون للعدل حق القبض ولا يستديم القبض عندة وذلك رأى الشافعية بل للراهن أن يسترجع المرهون من يد العدل وينتفع به ويعيده اليه ٠

وعند الحنابلة ان أخذ الرهن من يد العدل فات اللزوم وبقى الانعقاد فان عاد اليه عاد اللزوم مع بقاء الانعقاد الاول(١٥) ٠

---

(١٤) بدائع الصنائع ج ٦ ص ١٤١ ٠

(١٥) مغنى المحتاج ج ١٣٣/٢ ، التاج والاكليل على مختصر خليل ج ١٥/٥ ، الايضاح ج ١٩٥/٧ ، المغنى والشرح الكبير ج ٣٩١/٤ ٠

والمالكية يرون استدامة القبض عند العدل لانه شرط صحة عندهم .

واشتراط العدل لاخراج الفاسق(١٦) فلا يوضع الرهن عنده لانه لا يسمى عدلا ، أما اذا طرأ عليه الفسوق بعد وضع الرهن عنده فان الراهن والمرتهن لهما أن يضعانه عند غيره .

الادلة على صحة قبض العدل :

أولا : قول الله تعالى : « فرهان مقبوضة » .

وجه الدلالة : أن الله سبحانه وتعالى طلب القبض في الرهن مجردا عما يقبض سواء كان المرتهن أو من ينوب عنه ولا ينوب عنه الا من يثق في قبضه .

ثانيا : ان قبض الرهن قبض استيفاء والاستيفاء يحتمل النيابة(١٧) .

ثالثا : الاصل في جواز وضع الرهن على يد عدل الوكالة فكل ما تصح فيه الوكالة يجوز لهما أن يسلطاه ، ويدل على ذلك أنه اذا اتفق الراهن والمرتهن على المسلط فنزعاه من التسلط فقد زال ولا يزول بأحدهما دون صاحبه ، وكذلك ان جمعهما فتبرأ من التسليط ودفع الرهن اليهما فقد برئ منهما(١٨) .

الاحكام التي تثبت للعدل :

أولا : يثبت له القبض متى أنيب فيه

---

(١٦) مغنى المحتاج جـ ٢/١٣٣ .

(١٧) بدائع الصنائع جـ ٦/١٤١ ، تبين الحقائق جـ ٦/٦٣ .

(١٨) الايضاح جـ ٧/١٩٥ ، ١٩٦ .

ثانيا : يلتزم بالمحافظة على الشيء المرهون والانفاق عليه طوال المدة المقررة للحبس .

ثالثا : ومن الاحكام أن القول قول العدل فى دعوى الهلاك والرد للمرتهن فان أتلفه العدل خطأ أو أتلفه غيره أخذ منه البدل وحفظه بأذن الاول وان أتلفه عمدا أخذ منه البدل ووضع عند آخر ، ولو أتلفه مكرها فكما لو أتلفه خطأ(١٩) .

رابعا : ومن الاحكام اذا تعدى العدل فى رهن على يديه فدفعه الى المرتهن فضاع وهو مما يعاب عليه ضمنه للراهن فان كان كافيا فى دين المرتهن سقط دين المرتهن لهلاكه بيده وبيد العدل ، وان كان فيه فضل ضمن العدل الفضل للراهن ويرجع به على المرتهن فان دفع العدل الرهن لراهنه فضاع ضمنه للمرتهن يريد يضمن له الأقل من قيمته ومن الدين(٢٠) ، (٢١) .

خامسا : ولو سلم العدل الجارية المرهونة للراهن فوطأها الراهن انه يغرم قيمتها يوم الوطء .

وخلاصة القول أن العدل يثبت له ما يثبت للمرتهن اذا كان نائبا عن الراهن والمرتهن ثبت له ما يثبت لهما .

القول الثانى : أنه لا يجوز وضع الرهن على يدى عدل بل لابد من قبض المرتهن ولا يقوم العدل مقامه وهذا القول قال به الظاهرية وعبد الرازق عن معمر وسفيان الثورى وقتادة وهو قول ابن أبى ليلى(٢٢) .

---

(١٩) مغنى المحتاج جـ ١٣٣/٢ .

(٢٠) يعنى المراد بالأقل من القيمة ومن الدين : لأن القيمة ان كانت أقل فهو الذى أتلفه عليه وان كان الدين أقل لم تكن له المطالبة بأكثر منه مواهب الجليل للخطاب جـ ١٦/٥ .

(٢١) التاج والاكليل على مختصر خليل جـ ١٥/٥ .

(٢٢) المحلى لابن حزم جـ ٨٨/٨ .

دليل أصحاب القـول الثاني :

أولا : قول الله تعالى : « فرهان مقبوضة » •

وجه الدلالة : ان الله سبحانه وتعالى : ذكر القبض فى الرهن مع ذكره المتعاقدين فى السفر الى أجل عند عدم الكاتب فقبض غير صاحب الدين لم يقم عليه دليل وكون قبض غير صاحب الدين يعتبر شرطا ليس فى كتاب الله تعالى فهـو باطـل •

ثانيا : فعل النبى صلى الله عليه وسلم عندما أقبض درعه لليهودى الذى أخذ منه شعيرا لاهله ولو كان النبى صلى الله عليه وسلم يجـيز قبض غير المرتهن لارتضى هو واليهودى عدلا من المسـلمين لكنه لم يفعل ذلك فدل على عدم صحة قبض غير المرتهن وهو العدل •

والراجح لدينا : هو القول الاول وذلك للاسباب الآتية :

١ ــ ان عقد الرهن شريعة المتعاقدين وهما الراهن والمرتهن فان ما ارتضيا وضع الرهن على يدى عدل كان ذلك داخلا فى نصوص العقد فيجب التوقف عنـــده •

٢ ــ ان القبض المطلوب فى الآية لم يفرق بين ما اذا كان القابض مرتهنا أو غيره والقول بأن الله سبحانه وتعالى ذكر المتعاقدين فى الآية مسلم به لكن لم يقصر القبض على المرتهن لان الآية لم ترد فيهـا أداة من أدوات القصـــر •

٣ ــ ان النيابة فى التعـاقد جائزة ووضع الرهن على يدى عدل يعتبر بطريق النيابة فليس فيه تعـد لمـا هو جائز •

٤ ــ أما فعل النبى صلى الله عليه وسـلم ورهنه الدرع لليهودى فانه لو وضـعه عنـد غـيره من المسلمين قد لا يرتضى اليهودى ذلك والعبرة بتراضى الطرفين (والله أعلم بالصواب) •

الفصل الثاني

شـــروط الفســـاد

ويحتوي على المبـاحث الآتيــة :

المبحث الاول : فى معنى شروط الفســاد واســتنتاج قاعدة من اقــوال الفقهــاء

المبحث الثاني : ذكر نماذج من شروط الفساد •

المبحث الثالث : ضمان الرهــن الفاســد •

المبحــــث الاول

معنى شــروط الفســـاد

ونعني بشروط الفســاد : هي الشروط التي تتلاءم مع العقد أو لا يقتضيها العقد أو تحقق منفعة لأحد المتعاقدين دون أن تضر بالآخر ، أو تحقق منفعة لاحدهما ، وتضر بالآخر •

فهذه كلها تدخل تحت شروط الفساد ، ونعني بكلمة الفساد المرادفة للبطلان عند غير الحنفية بخلاف ما عليه الحنفية من التغاير بين لفظ الفســاد والبطــلان •

وأريد أن أنبه بقاعدة عامة على اختلاف المذاهب الفقهية ، تتحقق هذه القاعدة فيما يذكر من الشروط التي تشترط في عقد الرهن بحيث أن ما يذكر بعد ذلك من الشروط يندرج تحت هذه القاعدة ويتخرج عليها •

وهذه القاعدة هي كما يلي :

١ ــ عند الاحناف : ان الرهن المقترن بشرط فاسد يفسد الشرط ويصح العقد ، وهذه القاعدة أخذت من كلام ابن عابدين في حاشيته

وابن نجيم في أشباهه(١) ، وقد ذكر ابن نجيم القاعدة موجزة وجعلها مطردة في كافة الشروط المقترنة بعقد الرهن حيث قال «ولا يبطل الرهن والاقالة بالشرط الفاسد» .

٢ - أما الشافعية : فقد اختلفت رواياتهم في الرهن المقترن بالشروط الفاسدة الى ثلاثة آراء :

رأى يقول ببطلان الشرط والعقد ، ورأى يقول بصحة العقد وبطلان الشرط ورأى آخر ثالث يقول بصحة العقد وبطلان بعض الشروط دون بعض(٢) .

٣ - أما المالكية : فالقاعدة عندهم : أن الرهن المقترن بشرط فاسد يفسد العقد ويدل لما نقول : ما نقل عن التاج والاكليل من عبارة ابن شاس ما نصه : « ان كل شرط يناقض مقتضى العقد ويغير موجبه فهو مفسد » ومثاله « قول الراهن للمرتهن عند الانعقاد بأن لا يقبض الرهن أو لا يباع الرهن عند الوفاء(٣) .

ومن الشرط المنافي أيضا ما ذكر في مواهب الجليل ما نصه « من الشرط المنافي ما ذكر في المدونة ونصه : ومن رهن رهنا على أنه ان مضت سنة خرج من الرهن فلا أعرف هذا من رهون الناس ولا يكون هذا رهنا »(٤) .

---

(١) انظر الدر المختار جـ ٤ ص ٣٤٣ وما بعدها ، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٦٨ وانظر نظرية الشرط في الفقه الاسلامي للدكتور حسن الشاذلي ط ١ ص ١٩٩ - ٢٠٠ .

(٢) انظر مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٢١/١٢٢ ، نهاية المحتاج جـ ٤ ص ٢٣٥ ، ٢٣٦ ، نظرية الشرط ص ٢٦٤ .

(٣) انظر التاج والاكليل بحاشية مواهب الجليل جـ ٥ ص ٨ .

(٤) مواهب الجليل جـ ٥ ص ٨ .

٤ ــ أما الحنابلة : فانهم يقولون فى الرهن المقترن بشرط فاسد روايتـــان همـــا :

صحة العقد وعدم صحته وبطلان الشرط قولا واحدا(٥) .

فأبو الخطاب من الحنابلة يرى فى عقـــد الرهـــن المقترن بشرط فاسد ما يراه الاحناف من صحة العقد وبطلان الشرط .

ويرى القاضى من الحنابلة . احتمال فساد الرهن مطلقا بذكر أى شرط فاسد لان العاقد انما بذل ملكه بهذا الشرط فاذا لم يسلم له لم يصح العقد لعدم الرضى به بدونه .

وعنهم رواية أخرى وردت بصيغة « قيل » ونصها : أنه ان شرط الرهن مؤقتـــا أو رهنه يوما ويوما لافســـد الرهن قولا واحدا ، وهل يفسد بسائر الشروط الفاسدة ؟ قولان : قيل يفسد ، وقيل لا يفسد .

على ضوء ما ذكر نستطيع أن نقول :

(أ) أن الاحناف وبعض الحنابلة يقولون فى الرهن المقترن بشرط فاسد : يصح العقد ويبطل الشرط .

(ب) يلاحظ أن المـــالكية ورأى للشافعية والقاضى من الحنابلة يقولون ببطلان عقد الرهن المقترن بشرط فاسد مطلقا .

(جـ) يرى الشافعية رأيا آخـــر هو صـــحة عقد الرهن المقترن بالشرط وفى الشرط رأيان : البطلان وعدمه .

---

(٥) الشرح الكبير مع المغنى جـ ٤ ص ٤٢٠ .

المبحـــث الثانى

نماذج من شـروط الفسـاد

وبعد وضع هذه القواعد واستنتاجها من المذاهب على اختـلافها سنذكر نماذج من الشروط الفاسدة ويتم تخريجها على ضـوء القواعد المتقدمـــة •

١ ـ أن يشترط الراهن أن لا يباع الرهن عند حلول الحق أو

ـ أن يشـــترط الراهـن •

ـ ألا يباع الرهن عند حلول الحق •

ـ أو ألا يستوفى الدين من ثمن المرهون •

ـ أو ألا يبيع المرتهن ما خيف تلفه •

ـ أو ألا يبيع المرهون الا بثمن يرضـيه •

٢ ـ أن يشـــترط المرتهـن •

ـ بيـع الرهن بأى ثمن كان •

ـ كـون الزيادة رهنـا •

ويمكن أن يكون من أمثلة ما يشترطه الراهن : ان شرط الراهـن الخيار لنفسه أو أن يشترط كون العقد لازما فى حقه ، أو اشترط توقيت الرهن ، أو أن يكون الرهن فى يده أو كون الرهن مضمونا على المرتهن•

وهذه الشروط المذكورة منها ما ينافى مقتضى عقـد الرهن حيث أن المقصـود من الرهن مع الوفاء بهذه الشروط مفقـود ، ومنها ما لا يقتضيه عقد الرهن ولا هو من مصلحته •

وعلى ضوء ما تقرر من القواعد السابقة يمكننا أن نقول :

١ ـــ ان الشروط المذكورة تعتبر باطلة والعقد صحيح وبهذا قال الحنفية(٦) وبعض الحنابلة كأبى الخطاب(٧) ومقـــابل الاظهـــر عند الشـــافعية (٨) ٠

٢ ـــ ان العقد باطل وقد قال بذلك المالكية(٩) والقاضى أبو يعلى من الحنابلة(١٠) ٠

ورأى للشافعية (١١) وان كان لهم خلاف فى بطلان الشرط وعدمه

وعلل القاضى أبو يعلى القول ببطلان العقد بما يلى :

ان الراهن انما بذل ملكه بهذا الشرط فاذا لم يسلم له لم يصح العقد لعدم الرضـــا به بدونه ٠

أما أن شرط الرهن مؤقتا ، أو شرط أن يكون الرهن مرهونا يوما ويوما لا ٠٠ فسد الرهن بموجب هذين الشرطين قـــولا واحـــدا عنـــد الحنابلة وهل يفسد بسائر الشروط ؟ للحنابلة فى هذا وجهان بناء على الشروط الفاســـدة فى البيع ٠

قال أبو الخطاب فى رؤوس المسائل بصـــحة العقد وهـــو وافق لرأى الاحناف وعلة ما قاله أبو الخطـــاب موافقا الاحنـــاف أن النبى صلى الله عليه وســـلم قال (لا يغلق الرهن) وهو مشروط فيـــه شرط فاسد ولم يحكم بفساده ٠

---

(٦) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٦٨ ٠

(٧) المغنى والشرح الكبيـــر جـ ٤ ص ٤٢٩ ٠

(٨) مغنى المحتـــاج جـ ٢ ص ١٢١ ، ١٢٢ ٠

(٩) التاج والاكليل شرح مختصر خليل بهامش المواهب جـ ٥ ص ٨

(١٠) المغنى والشرح الكبير جـ ٤ ص ٤٢٩ ٠

(١١) مغنى المحتـــاج جـ ٢ ص ١٢٢ ٠

ورواية أخرى عند الحنابلة تقول : ان ما يفتقر بحقوق المرتهن يبطله وجها واحداً ، وما لا ينقصه فعلى وجهين : البطلان والصحة ، وهو مذهب الشافعي ، وعلة ذلك : ان المرتهن شرطت له زيادة لم تصح له فاذا فسدت الزيادة لم يبطل أصل الرهن .

وبالرغم من آراء الحنابلة المتقدمة الا انهم ذكروا بعض المسائل افتوا فيها بالبطلان قولا واحداً ولعل هذا سيراً على قول القاضي ومن هـذه المسـائل ما يلي :

(أ) لو قال الغريم رهنتك عبدى هذا على أن تزيدنى فى الاجل كان باطلا ، لان الاجل لا يثبت فى الدين الا أن يكون مشروطا فى عقد وجب به ، فاذا لم يثبت الاجل لم يصح الرهن لانه جعله فى مقابلته ولان ذلك يضـاهى ربا الجـاهلية ، كانوا يزيدون فى الدين ليزدادوا فى الاجـل(١٢) .

(ب) اذا كان على رجل لآخر ألف فقال أقرضنى ألفـا بشرط ان أرهنك عبدى هذا بالالفين : فقد نقل حنبل عن أحمد أن القرض باطل وهو مذهب الشافعي ، لانه قرض يجر منفعة وهى الاستيثاق بالالف الأول واذا بطل القرض بطل الرهن .

وقد اعترض على الحكم فى هذه المسألة بما يلى :

لو شرط أنه يعطيه رهنا بما يقترضه جاز .

والرد عليه : بأنه ليس قرضا جر منفعة ، لان غاية ما حصـل له تأكيد الاستيفاء لبدل ما أقرضـه وهو مثله ، والقرض يقتضى وجوب الوفاء وفى مسألتنا شرط فى هذا القرض الاستيثاق لدينه الاول . فقد شرط استيثاقا لغير موجب القـرض .

---

(١٢) المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٤٢٩ ، ٤٣٠ .

ونقــل منها صحة القرض ولعل أحمد حكم بصـــحة القرض مع فساد الشرط كيلا يقضى الى جر المنفعة بالقرض أو لعله حكم ببطلان الرهن فى الالف الاول وحده وصححه فيما عداه ٠

ولو كان مكان القرض بيع فقال بعنى عبدك هــذا بألف على أن أرهنك عبدى به وبالالف الآخر الذى على فالبيع باطل رواية واحدة لان الثمن مجهول فانه جعل الثمن ألفا ومنفعة هى وثيقة بالالف الاول وتلك المنفعة مجهولة ، ولانه شرط عقد الرهن بالالف الاول فلم يصح كما لو أفرده ، أو كما لو باعه داره بشرط أن يبيعه الآخر داره ٠

---

(١٣) وهذا جــريا على القاعدة الســابقة وهى صحة العقــد وبطــلان الشــرط ٠

المبحث الثالث

ضمان الرهن الفاسد

هل يضمن الرهن الفاسد بقبض المرتهن له ؟

اذا فسد الرهن وقبضه المرتهن لم يكن عليه ضمانه ، لانه قبضه بحكم أنه رهن وكل عقد كان صحيحه غير مضمون أو مضمونا ففاسده كذلك ، فان كان الرهن مؤقتا أو شرط أن الرهن يصير الى المرتهن بعد انتهاء مدته صار بعد ذلك مضمونا لأنه مقبوضا بحكم بيع فاسد وحكم الفاسد من العقود حكم الصحيح فى الضمان فان كان أرضا فغرسها قبل انقضاء الاجل فهو كغرس الغاصب لانه غرس بغير اذن وان غرس بعد الاجل وكان قد شرط أن الرهن يصير له فقد غرس باذن لان البيع وأن كان فاسدا فقد تضمن الاذن فى التصرف فيكون الراهن مخيرا بين ثلاثة أشياء .

بين أن يقر غرسه له ، وبين أخذه بقيمته ، وبين أن يجبره على قلعه ويضمن له ما نقص(١٤) .

ومن قبيل ذكر الشروط الفاسدة فى الرهن :

ما لو شرط فى الرهن أن ينتفع به المرتهن فالشرط فاسد لانه ينافى مقتضى الرهن وعن أحمد أنه يجوز فى المبيع قال القاضى معناه : أن يقول بعتك هذا الثوب بدينار بشرط أن ترهننى عبدك يخدمنى شهرا فيكون بيعا واجارة وهو صحيح ، وأن أطلق فالشرط باطل لجهالة ثمنه .

---

(١٤) المغنى والشرح الكبير جـ ٤/٤٣٠ ، ٤٣١ .

وقال مالك لا بأس أن يشترط فى البيع منفعة الرهن الى أجل فى الدور والارضين فقط وكرهه فى الحيوان والثياب والقرض(١٥) •

وعلة قول الحنابلة أن هذا الشرط ينافى الرهن فبطل قياسا على ما لو شرطه فى القرض(١٦) •

(١٥) التاج والاكليل على مختصر خليل بهامش الخطاب ج ٥/٤٧ •
(١٦) المرجع السابق ج ٤/٤٣٢ •

الباب الرابع

منـــافع المرهـــون

ويحتوى على فصلين :

الفصل الاول : فى انتفاع المرتهن بالمرهون اذا أذن الراهن

الفصل الثانى : فى انتفاع المرتهن بالمرهون اذا لم يأذن الراهن •

حكم الانتفاع بالمرهون

ان المرهون الذى يرد عليه العقد ويكون معقودا عليه سواء كان عقارا أو منقولا فانه يتولد عنه انتفاع فمن أحق بهذا الانتفاع ؟

وقع الخلاف بين الفقهاء :

قال الشافعية ان للانتفاع بالرهن يكون للراهن سواء كان استخداما أو سكنى دارا أو لبس ثوبا وقد اشترطوا مع ثبوت للانتفاع للراهن ألا ينقص من الرهن شيئا لان الانتقاص منه يترتب عليه نقصان الضمان لحق المرتهن ولم يستثنوا من الانتفاع شيئا وان ترتب على الانتفاع استرداده من المرتهن بعد قبضه لأن الراهن قد لا يتمكن من الإنتفاع بالمرهون باسترداده من المرتهن فلا مانع منه وان تمكن من الانتفاع بدون استرداد انتفع ولم يسترد كما لو كان المرهون صائغا فأراد الراهن أن يخيط له ثوبا فله أن يعطيه له ويقوم بخياطته عند المرتهن وليس له أن يسترد الجارية المرهونة لخدمته للخوف من غشيانها من الراهن أما اذا أمن غشيانه بأن كان ثقة أو محرما استردها لخدمته .

والقاعدة فى الاسترداد أن ما لا يكن الانتفاع به إلا باسترداده استرده ويظل عنده حتى ينتهى من استيفاء المنافع أما اذا أمكن الانتفاع بدون استرداد فلا يسترد لعدم الاخلال بالقبض كما اشترطوا أن لا يسافر الراهن بالمرهون لان السفر فيه مخافة التلف للمرهون بل اذا أراد السفر يرده الى المرتهن فان لم يجده رده الى نائبه الذى يأتى فيه فان لم يكن له نائب أو أقارب أخذها معه فى السفر ضرورة والتزم بالمحافظة عليها .

وبعض الأشياء التى تمتنع على الراهن أن يفعلها غشيان المرهون اذا كانت جارية ان أذن له المرتهن فيه فعله لان الرهن جعل لضمان حق المرتهن واذنه يسقط هذا الحق وينقصه كما أن للمرتهن بعد اذنه الرجوع ويلاحظ أن الشافعية لم يمنعوا الراهن من الانتفاع بالمرهون الا إذا كان الانتفاع به ينقصه دون استثناء • ومثال النقصان : ما ورد استثناءا من المنافع كالبناء والغراس فى الأرض المرهونة لانهما ينقصان قيمة الارض المرهونة وذلك فى حالة ما لو كان الدين مؤجلا وقال : أنا أقلع عند حلول الأجل فله ذلك مادام قلعهما لم يورث نقصا ولم تطل مدته بحيث يضر بالمرتهن(١) •

ووافق الشافعية الظاهرية فأجازوا الانتفاع بالمرهون للراهن فى كافة الأشياء ولم يستثنوا الا الركوب والحلب فجعلوهما للمرتهن إذا كان ينفق على المرهون فانه يركب ويحلب ولا يشترط فى ذلك تساويهما بالنفقة(٢) •

أما الحنابلة فقد فرقوا بين ما اذا كان المرهون له مؤنة أم لا •

فان لم يكن له مؤنة كالدار والمتاع ونحوه فلا يجوز للمرتهن الانتفاع به بغير اذن الراهن بحال وعلل ذلك : بأن الرهن ملك للراهن فكذلك منافعه فليس لغيره أخذها بغير اذنه •

أما ما له مؤنة فحكمه هو نفس الحكم السابق ومؤدى هذه العبارة أنه يبيح للمرتهن الانتفاع باذن الراهن وقد سكتوا عن انتفاع الراهن ولكن(٣) عندما تكلموا عن استدامة القبض قالوا : ان استدامة القبض شرط لزوم عقد الرهن فاذا أخرج المرتهن الرهن عن يده باختياره زال

---

(١) نهاية المحتاج ج ٤/٢٦٦ ، ٢٦٧ •

(٢) المحلى لابن حزم ج ٨/٩١ •

(٣) المغنى والشرح الكبير ج ٤/٤٣١ ، ٤٣٢ •

اللزوم فان عاد اليه عاد اللزوم ومثل أحمد : ما لو رهن دارا ثم اكراها صاحبها أى الراهن فات اللزوم فاذا انتهت مـدة الكراء ورجعت اليه عاد اللزوم أى صارت رهنا(٤) .

ومن هذه النقول ومقارنتها يتضح لنا : أن انتفاع الراهن بالمرهون متوقف على اذن المرتهن لان أخذ الراهن الرهن للانتفـاع يفوت شرط لزوم العقـد .

وان كان قد نقل المحلى مذهب الحنابلة بأنهم : لا يجوزون انتفاع الراهن بالمرهون الا بالدور(٥) .

أما الحنفيـة فمنعوا انتفاع الراهن بالمرهون مطلقـا حيث قالوا [ليس للراهن أن ينتفع بالمرهون استخداما وركوبا ولبسا وسكنى وغير ذلك لان حـق الحبس ثابت لمرتهن على سـبيل الدوام وهـذا يمنع الاسترداد والانتفـاع](٦) .

ادلة المجيزين لانتفاع الراهن بالمرهون :

١ ـ الخبر المروى عن الامام البخارى « الظهر يركب بنفقتـه اذا كان مرهونا ولبن الدر يشرب بنفقته اذا كان مرهـونا وعلى الذى يركب ويشرب النفقـة » .

٢ ـ الخبر المروى عن الدارقطنى « الرهن مركوب ومحلوب » .

٣ ـ هذان الحديثان يدلان على أن المركوب والمحلوب ينتفع بهما بسبب نفقاتهما والمتعارف عادة أن المنفق هو المـالك والراهن هو مالك الرهن وعقد الرهن لا يزيل ملكيته والانتفـاع بالشىء المرهون فـرع

---

(٤) المرجـع السـابق جـ ٣٧٠/٤ .

(٥) المحـلى جـ ٩١/٨ .

(٦) البـدائع جـ ١٤٦/٦ .

ملكيته ولا يقال ان عقد الرهن يزيل الملكية كما لا يخل الانتفاع بحق المرتهن فان أخل به انفسخ الرهن •

أما الذين قالوا باباحة الانتفاع مشروط باذن المرتهن فقد استدلوا بأن الرهن حق للمرتهن يأخذه للاستيثاق ويستوفى منه حقه ان تعذر الوفاء من الرهن ببيعه عند حلول الاجل وأخذ الراهن له يخل بهذا الحق فلابد من اذن صاحب الحق لانه اذا أذن يعتبر قد تنازل عن خالص حقه وان لم يأذن كان تمسكه بحقه ظاهرا •

لان الرهن معناه الحبس وحق الحبس ثابت للمرتهن على سبيل الدوام وهذا يمنع الاسترداد والانتفاع وليس له أن يبيعه من غير اذن المرتهن لما فيه من ابطال حقه من غير رضاه ولو باعه توقف نفاذ البيع على اجازة المرتهن ان أجاز جاز لان عدم النفاذ لمكان حقه فاذا رضى ببطلان حقه زال المانع فنفذ وكان الثمن رهنا سواء شرط المرتهن عند الاجازة كونه رهنا أو لا(٧) •

والرأى عندى : أن انتفاع الراهن بالمرهون جائز بشرط أن يأذن المرتهن وذلك لعدة أسباب :

أولها : ان العقد فى الرهن ينعقد بارادة كل من الراهن والمرتهن ورضاهما معتبر فاذا انتفع الراهن بالمرهون بدون اذن المرتهن انعدم الرضا من جانب المرتهن وهو لابد منه فى الانعقاد •

ثانيهما : ان اعتبار اذن المرتهن يجعل الراهن ينتفع وهو فى حالة اطمئنان بماينتفع به حتى يستوفى المنفعة على جهة الكمال ولو لم يوجد اذن المرتهن ربما اجبر الراهن على رد المرهون قبل استيفاء المنفعة كاملة •

---

(٧) البدائع جـ ٦/١٤٦ •

ثالثها : ان حق المرتهن يتعلق بالمرهون وأخذ المرهون بغير رضاه وبدون اذنه ليس فيه مراعاة لجانب المرتهن •

رابعها : انتفاع الراهن بدون اذن المرتهن يخل بالاستيثاق الذى شرع من أجله الرهن لان المرهون اذا أخذ من يدى المرتهن بدون اذنه يجعله فى حالة قلق واضطراب دائمين طوال المدة التى لم يكن المرهون فيهـا تحت يـده •

خامسا : لو قلنا بعدم انتفاع الراهن بالمرهون مطلقـا لكان فى ذلك تعطيل للمرهون عن الانتفـاع به طوال مدة الحبس والله قد خلق الاشياء للانتفاع بها ولا يقال انه يخل بالحبس الدائم لان اعتبار رضا المرتهن واذنه يجعلان الرهن كأنه فى يده فى حالة انتفاع الراهن به •

الفصل الأول

انتفاع المرتهن بالمرهون اذا اذن له الراهن

بعد أن تكلمنا عن انتفاع الراهن بالمرهون وبينا أقوال الفقهاء فيه ، والراجح منها من الأدلة •

نشرع في الكلام عن انتفاع المرتهن بالمرهون فنقول :

لا شك أن الرهن مملوك للراهن وان كان تحت يد المرتهن ، لان رهنه لا يخرج الرهن عن ملكية الراهن كما أنه لا يجعل الرهن مملوكا للمرتهن لان عين الرهن ما هي الا وثيقة للاستيفاء ، ومن ثم فمقتضى الرهن لا يخرج الملك عن مالكه •

وعين الرهن لها منافع ، والمنافع تابعة للاعيان فتعتبر المنافع أيضا مملوكة للراهن ، وهذا لا يشك فيه أحد ، ويعتبر موضع اتفاق ولكن هل يجوز انتفاع المرتهن بالمرهون اذا لم يأذن له الراهن فى الانتفاع وكان المرهون مركوبا أو محلوبا أو صالحا للخدمة ؟

عند الاجابة على هذا التساؤل نقول اما أن يأذن الراهن فى الانتفاع أولا يأذن له فيه ، فان اذن له الراهن فى الانتفاع فقد اختلف الفقهاء فى حل الانتفاع للمرتهن على ثلاثة أقوال :

القول الاول : جواز الانتفاع مطلقا ، سواء كان الدين قرضا أم غيره وسواء كان الانتفاع مشروطا فى العقد أم لا :

ذهب الى ذلك الحنفية(١) .

---

(١) بمراجعة كتاب الفـروع عند الحنفية : نجد أن الحنفية قـد اختلفوا فيما بينهم في إنتفاع المرتهن بالمرهون اذا أذن له الراهن عـلى خمسـة أقـوال :

الأول : انه يجوز مطلقا ، سواء كان مشروطا في عقد الرهن أم لا وسواء أكان الدين من قرض أم من غـيره .

الثاني : لا يجـوز مطلقـا .

الثالث : لا يجـوز اذا كان مشروطاً في العقـد ، ويجـوز اذا كان غـير مشـروط .

الرابع : يجوز قضـاء لا دينـا .

الخامس : ان كان مشروطاً فهو حـرام وان كان غـير مشروط فهـو مـكروه .

وبالنظر في هذه الأقوال الخمس نجدها ترجع الى قولين فقط وذلك لأن الكراهية في القول الخامس تحريمية وهي قريبة من الحرمة فمصير هذا القول الى المنع مطلقا والقول الرابع لا معنى له في هذا المقـام لأن الانتفاع اذا كان ربا فانه لا يظهر فرق بين الديانة والقضاء في التحـريم وحينئذ فمرجعه الى القول بالجواز وكذلك القول الثالث يرجع الى القول بالمنع مطلقا اذا لاحظنا أن المعـروف عرفا كالمشروط شرطا وأن النـاس انما يريدون الانتفاع بالمرهون عند الدفع ولولاه لامتنعوا عنه،وأما ما يقع من بعض الأفراد من عدم اشتراط الانتفاع لا يكون مقصودهم ذلك لاقبل العقد ولا حين التعاقد ، ثم يأذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بالمرهـون عن طيب نفس فهو على فرض تسليم وقوعه نادر فلا يصح بناء الأحكام عليه.

راجع ابن عـابدين جـ ٥ ص ٣٢٠ ، رسـالة الفلك المشـحون للكتـوى ص ٩ .

القول الثانى : عدم الجواز مطلقا سواء أكان الانتفاع مشروطا فى العقد أم لا وسواء كان الدين قرضا أم لا ٠

ذهب الى ذلك الشافعى كما فى الام(٢) وهو قول للحنفية ٠

القول الثالث : عدم الجواز اذا كان الرهن بدين القرض والجواز اذا كان بدين غير قرض من مبيع وأجرة دار ٠

ذهب الى ذلك المالكية والحنابلة وهو المروى عن الشافعى فى التحفة ، غير أن المالكية والشافعية قيدوا الجواز بأمرين :

١ ـ أن يكون شرط الانتفاع فى صلب العقد ٠

٢ ـ أن تكون المنفعة معلومة ببيان مدتها ٠

الادلـــــة

استدل أصحاب القول الاول على جواز انتفاع المرتهن بالمرهون مطلقا ، بأن الراهن مالك لجميع منافع المرهون فله أن يملكها غيره ، فاذا أباحها للمرتهن صح ذلك وحل للمرتهن الانتفاع بالمرهون وكأن الراهن وهب المنفعة للمرتهن والهبة مشروعة ٠

---

(٢) اختلف النقل عن الشافعى رضى الله عنه فالمروى عنه فى الأم ج ٣ ص ١٤٧ يفيد عدم جواز الانتفاع اذا كان الرهن بدين قرض ، والجواز اذا كان الرهن بدين غير قرض بشرطين :

١ ـ ان يكون شرط الانتفاع فى صلب العقد ٠

٢ ـ ان تكون المنفعة معلومة ببيان مدتها لان ذلك يكون جمعا بين بيع واجارة وصورته أن يقول شخص لآخر بعتك هذا الثوب بدينار على أن ترهن لى به دارا ويكون لى سكناها سنة بمجموع الدينار والمنفعة المعينة ثمن الثوب والبيع والأجر ، ونقل عن الشافعية انه اذا أذن الراهن للمرتهن فى الانتفاع من غير شرط جاز مطلقا سواء آكان دين الرهن من قرض أم كان من بيع وسواء آكان مع العقد أم بعده ٠

انظر تحفة المحتاج شرح المنهاج ج ٥ ٠

ورد هــذا الاســـتدلال :

بأن الهبة المشروعة فيما أقدم عليه المـالك بمحض اختياره عليه بنفســه والظاهر من حال الراهن أنه انما أقدم على اباحة الانتفـاع للمرتهن بالمرهون بذلك الاذن ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يحل مال امرىء الا بطيب من نفسه »(٣) .

واستدل أصحاب القول الثانى على عدم جواز انتفـاع المرتهـن بالمرهون مطلقا رواه أبو هريرة ــ رضى الله عنــه ــ عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا يغلق الرهن »(٤) الرهن من صاحبه الذى رهنه له غنمه وعليه غرمه .

وجه الدلالة من هــذا الحديث :

أن قوله « له غنمه وعليه غرمه » نص صريح فى أن منافع الرهن ملك للراهن ولا يباح منها للمرتهن أى شىء الا ما يقوم على اباحته دليل صحيح وليس هناك دليل صحيح يدل على اباحة الانتفاع واذن الراهن للمرتهن فى الانتفاع بملكه وقد وضعته الحاجة هذا الوضع القاسى ــ لا ينبغى لمنصف أن يدعى أنه صدر منه عن كمال الاختيار وطيب نفس بل صدر عنه تحت سلاح الحاجة القاسية على أنه فى بعض الحالات يكون الانتفاع ربا صريحا فيما اذا كان قرضا لقوله صلى الله عليه وسـلم « كل قرض جر نفعا فهو ربا »(٥) وهو منهى عنه شرعا فانتفاع المرتهن بالمرهون منهى عنه شرعا .

---

(٣) مسند الامام أحمد جـ ٥/٧٢ ، ٧٣ ط / المكتب الاسلامى بيروت
(٤) سنن ابن ماجة جـ ٢/٨١٦ ط / عيسى الحلبى .
(٥)

واستدل أصحاب القول الثالث بالادلة الآتية :

أولا : على عدم جواز انتفاع المرتهن بالمرهون اذا كان الرهن عن دين بما روى عن على رضى الله عنه أن النبى — صلى الله عليه وسلم — قال « كل قرض جر نفعا فهو ربا » ولا شك أن انتفاع المرتهن بالمرهون اذا كان الرهن عن دين قرض زيادة خالية عن عوض فيكون ربا وهو منهى عنه .

ورد هذا الاستدلال : بأن هذا الحديث قد ضعفه أهل الجرح والتعديل من جهة السند فلا يصلح للاحتجاج به ودفع هذا الرد على الحديث : انه وان لم يثبت رفعه الى النبى ﷺ فقد ثبت معناه فى روايات كثيرة وجرى عمل الصحابة والسلف الصالح على ذلك وهذا كاف للعمل به .

وأيضا : ان هذا الحديث وان كان ضعيفا الا أنه قد جرى العمل بالحديث الضعيف اذا لم يكن فى الباب غيره . واذا لم يتعارض مع القواعد العامة . واذا لم يتعارض مع مقتضيات العقول(٦) .

ثانيا : على جواز الانتفاع اذا كان الرهن دين غير قرض بمفهوم حديث « كل قرض جر نفعا فهو ربا » فان مفهومه أن غير القرض اذا جر نفعا لا يكون ربا فلا يكون نفعه منهيا عنه .

وقد رد هذا الاستدلال ، بأن الحديث لا مفهوم له لأنه خرج مخرج الغالب حيث كان الواقع والكثير الغالب — وقت ورود الحديث — أنهم كانوا يأخذون الرهن فى مقابلة القرض وينتفعون به فنهى الشارع عنه بخصوصه لا يمنع الحكم عما عداه ونظير ذلك قوله تعالى « يا أيها الذين

---

(٦) انظر كتاب مصطلح الحديث للدكتور محمد اسماعيل أبو الريش .

آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافا مضاعفة »(٧) ولو سلمنا : أن له مفهوما فلا حجة فيه أيضـــا لأنه مفهوم لقب ومفهوم اللقب لا يحتج به على القول الراجح عند جمهور الفقهاء .

استـــدلال الشافعية والمـــالكية :

على تقييدهم جواز الانتفاع فيما اذا كان الدين غير قرض بكونه مشروطا فى صلب العقد وكون المدة معينة فى الانتفاع وكان الدين ثمن بيع أو اجرة اجاره وهو جائز ، وتعيين المدة أخرج الجهـــالة المفســـده للاجاره واســـتدلوا على ذلك :

(أ) أن جعل الشرط فى صلب العقد يعتبر قد اتفق عليه العاقدان وارتضيا هذا الشرط والعقد شريعة المتعاقدين ولو كان أحـــدهما وهـــو الراهن لا يرتضى هذا الشرط لا اعتراض عليه ولم يقره لكن اقراره له يعد رضا به ، كما أن هذا الشرط لم يحرم حلالا ولم يحل حراما .

(ب) ان تقييد مدة المنفعة يجعل العلم بالثمن فى البيع والاجرة فى الاجارة معلوم ومقتضى العلم ينفى الجهالة المفضية الى المنازعة .

ورد على المـــالكية والشافعية بما يأتى :

١ ـــ بأن تقييدهم هذا لا يجنبهم المحظور الذى فروا منه وهـــو فساد الاجارة لانها فى هذه الحالة فاسدة لجهالة الاجره وكذلك البيع فاسد لجهالة الثمن ، لان الدين أصبح أجرة وثمنا على الشيوع .

٢ ـــ بأن هذه الاجارة لا اختيار فيها فالظاهر من أمر المشترى انما قبل هذا الاشتراط تحت تأثير الحاجة فهو تصرف لا اختيار فيـــه وكل تصرف صدر عن اجبار فهو غير صحيح .

---

(٧) سورة آل عمران الآية رقم ١٣٠ .

القــــول المختــــار

هو جواز انتفاع المرتهن بالرهن متى أذن الراهن له وذلك لعـدة أســـــباب :

أولها : أن الراهن طرف من أطراف العقد واذنه معتبر والرهن لم يخرج عن ملكيته ومادام قد أذن فى الانتفاع فان اذنه يعتبر لصدوره من أهــله فى محــله ٠

السبب الثانى : ان الرهن هو الحبس طوال المدة التى تقـع بين العقد وحلول الاجل وانتفاع المرتهن بالمرهون خلال هذه المدة يجعـله غير معطل وفى نفس الوقت لا يحل بالحبس لدى المرتهن ٠

السبب الثالث : ان الشيعة قالوا : اذا انتفع المرتهن بالرهن بدون اذنه فان الرهن لا ينفسخ وتحتسب قيمة المنفعة وتخصـم من الدين المضمون فى مقابل الرهن وعللوا ذلك : بأن عقد الرهن من العقـــود القولية فلا ينفسخ الا بالقول والفعل لا يفسخه(٨) ٠

وان كان الشيعة أجازوا الانتفاع بدون اذن ولم ينفسخ العقـد عندهم فأولى بالجواز اذا كان الراهن أذن فى الانتفاع ٠

---

(٨) الايضاح جـ ٣٦٨/٧ ، ٣٦٩ ، شرح النيل وشـــفاء العليـل جـ ١٠/٢٤٠ ٠

الفصل الثانى

فى انتفاع المرتهن بالمرهون اذا لم يأذن له الراهن

بعد أن تكلمنا عن انتفاع المرتهن باذن الراهن وبينا آراء الفقهاء فيه مع ذكر أدلته واختيار الراجح بالدليل نتناول انتفاع المرتهن بالمرهون إذا لم يأذن له الراهن وكان الرهن مركوبا أو محلوبا أو صالحا للخدمة ، إختلف الفقهاء في هذه المسألة على أقوال :

القول الاول : لا يحل لانتفاع المرتهن بالمرهون إذا كان مركوبا أو محلوبا أو صالحا للخدمة اذا لم يأذن الراهن له بالانتفاع ركوبا أو حلبا أو خدمة مطلقا سواء كان الانتفاع بقدر نفقة المرهون أو أزيد منهما وسواء أكان الانفاق على المرهون لامتناع الراهن عن الانفاق على المرهون أم كان لغيبة ذهب الى ذلك الحنفية والمالكية والشافعية وأحمد فى رواية مرجوحة عنه(١) .

القول الثانى : يحل الانتفاع بالركوب والحلب فقط بعد النفقة مع تحرى العدل بين الاتفاق لامتناع الراهن عن الانفاق أو لغيبته ، أم كان مع عدم امتناعه وقدرته مع حضوره ذهب الى ذلك الحنابلة واسحاق(٢) .

القول الثالث : يحل الانتفاع بالمرهون ركوبا أو حلبا أو استخدامه عند امتناع الراهن عن الانفاق عليه ويكون الانتفاع بعد النفقة فقط . ذهب الى ذلك أبو ثور والليث والاوزاعى(٣) .

---

(١) بدائع الصنائع ج ١٤٦/٦ ، المغنى والشرح الكبير ج ٤٣٢/٤ المجموع للنووى ج ٣٢٣/٣ .

(٢) المغنى والشرح الكبير ج ٤٣٢/٤ .

(٣) انظر المرجع السابق ج ٤٣٢/٤ .

القول الرابع : يحل الانتفاع بالمرهون ركوبا وحلبا فقط اذا امتنع الراهن عن الانفاق عليه وتكون المنفعة بالغة ما بلغت فى مقابلة النفقة فلا يقيد حل الانتفاع بقدر ما ينفقه على المرهون(٤) .

الأدلـــــة

أدلة القول الاول : استدل أصحاب القول الاول على عدم حـل انتفاع المرتهن بالمرهون المركوب والمحلوب والصالح للخدمة اذا لم يأذن الراهن للمرتهن بالانتفاع مطلقا بالسنة والقياس .

أولا : السنة : ما رواه الشافعى والدارقطنى عن أبى هريرة ــ رضى الله عنه ــ عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يغلق الرهن من صاحبه الذى رهنه له غنمه وعليه غرمه »(٣) .

وجه الدلالة من هذا الحديث :

أن النبى صلى الله عليه وسلم جعل الغنم للراهن والغرم عليــه ولا شك أن المنافع من غنمه فلا يصح للمرتهن أن ينتفع بشىء منها بدون اذن مالكها بلا تفرقة بين مركوب ومحلوب وبين غيرهما ، ونوقش هذا الدليل من ثلاثــة وجــوه :

الوجه الاول : ان هذا الحديث مختلف فى وصله وارساله ووقفــه ورفعه وهو مع هذا الاختلاف لا يقوى على معارضة ما رواه البخارى وأبو داود والترمذى عن ابى هريرة ــ رضى الله عنــه ــ قال : قال رسول الله ﷺ « الظهر يركب بنفقته اذا كان مرهونا وعلى الذى يركب ويشــرب النفقــة »(٥) .

---

(٤) المحلى لابن حزم جـ ٨٩/٨ .

(٥) انظر تخريجه ص ١٥٣ من هذا البحث .

ودفع هذا الوجه بأن الوصل والرفع زيادة فى الثقة وهى مقبولة والاختلاف فيها لا يمنع من صحة الاحتجاج بالحديث .

الوجه الثانى : ان هذا الحديث فى سنده عبد الله بن الاصم الانطاكى وله أحاديث منكره ذكرها ابن عدى فى كتابه ومنها هذا الحديث

ودفع الوجه الثانى : بأن هذا الحديث قد روى من طريق آخر غير طريق عبد الله بن الاصم والطريق الآخر لم يعترض عليه أحد والقاعدة فى مصطلح الحديث أن الحديث اذا روى من طريقين أحدهما أقوى من الآخر فانه يعول على الطريق الاقوى ويجعل الاضعف للتقوية(٦) .

الوجه الثالث : ما ورد فى الحديث : له غنمه وعليه غرمه » فهذه زيادة فى الحديث لم ترد عن النبى صلى الله عليه وسلم فلا يستدل بها وانما من كلام سعيد بن المسيب نقله الزهرى كما قال أبو داود فى مراسيله .

ودفع الوجه الثالث : بأن معمرا ذكره عن ابن شهاب مرفوعا وبه له غنمه وعليه غرمه ومعمرا أثبت من الزهرى .

ثانيا : القياس : وأما القياس فان المرهون ملك للراهن وليس للمرتهن فيه الا حق الحبس ولم يأذن الراهن للمرتهن بالانتفاع به والانفاق عليه فلم يكن له ذلك كغيره من الاموال فكما أنه لا يجوز للمرتهن ولا لغيره الانتفاع بأموال الراهن غير المرهونة بغير اذنه فكذلك لا يجوز للمرتهن الانتفاع بالمرهون بغير اذن الراهن بجامع أن المرهون وغير المرهون من أموال الراهن ملك له .

---

(٦) انظر كتابنا فى مصطلح الحديث .

ورد هذا القياس : بأنه فاسد الاعتبار لانه واقع فى مقابلة نص وهو قوله ـ ﷺ ـ « الظهر يركب بنفقته اذا كان مرهونا ولبن الدر يشرب بنفقته اذاكان مرهونا وعلى الذى يركب ويشرب النفقة» والقياس الفاسد الاعتبار لا يصلح للاحتجاج .

ادلة القـــول الثـــانى :

استدل أصحاب القول الثاني على حق الانتفاع بالمركوب والمحلوب خاصة بقدر النفقة مع تحرى العدل فى الانتفاع بقدر النفقـــة مطـلقـــا للمرتهن بالسنة والقياس .

أولا : الســـنة : ما رواه البخـــارى وأبو داود والترمـــذى عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « الظهر يركب بنفقته اذا كان مرهونا ولبن الدر يشرب بنفقته اذا كان مرهونا والذى يركب ويشــرب النفقـــة(٧) .

وجه الدلالة من هذا الحديث أن رسول الله ﷺ جعل نفقة المرهون مقـــابل منفعته ولم يقيـــد ذلك بأذن الراهن ولا بامتنـــاعه عن الانفاق كما لم يقيد الانتفاع بكونه بمقدار النفقـــة ولكن ورد ما يقيد اطلاقه من حيث تحرى العدل وهو ما رواه حماد ابن سلمة فى جامعه بلفظ « اذا ارتهن شاة شرب المرتهن من لبنها بقدر علفهـــا فان استفضل من اللبن شئ بعد ثمن العلف فهو ربا »(٨) .

ورد هـــذا الدليل بأربعة أوجه :

---

(٧) المغنى والشرح الكبير ج ٤/٤٣٢ ، ٤٣٣ .

(٨) نيل الاوطار للشوكانى ج ٥/١٠٢ .

الوجه الأول :

ان هذا الحديث مجمل حيث لم يبين فيه من المنتفع أهو الراهن أم المرتهن أم غيرهما وهو مع هذا الاجمال لا يصح به الاستدلال .

ودفع هذا الوجه : بأن الحديث لا اجمال فيه لأنه جعل الانتفاع عوضا عن النفقة وهذا انما يصح فى حق المرتهن ، ولا يصح فى حق الراهن انما ينفق على المرهون وينتفع به بحق الملك لا بطريق المعاوضة .

وعلى تسليم أنه مجمل فى حد ذاته فقد جاء فى بعض رواياته ما يبين هذا الاجمال وهو : اذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها ولبن الدر يشرب وعلى الذى يشرب النفقة » فهذه الرواية صريحة وأن المنفق هو المرتهن فيكون هو المنتفع .

الوجــه الثــانى :

انّ هذا الحديث كان قبل تحريم الربا ثم نسخ بقوله ﷺ « كل قرض جر نفعا فهو ربا »(٩) .

ودفع هذا الوجه : بأن النسخ لا يثبت له بمجرد ادعائه بل هو متوقف على القطع بتقدم المنسوخ وتأخر الناسخ وعدم امكان الجمع بينهما والتاريخ مجهول فلا يصح دعوى النسخ .

الوجــه الثــالث :

انّ هذا الحديث معارض لحديث ابن عمر عند البخارى وغيره ولفظه « لا تحلب ماشية امرئ بغير اذنه »(١٠) وهذا الحديث حاظر واذا تعارض الحاظر والمبيح قدم الحاظر .

---

(٩)

(١٠) صحيح البخارى .

ودفع هذا الوجه : بأن معارضة حديث ابن عمر رضى الله عنه لا تضر لانها بين عام وخاص فيحمل حديث ابن عمر العام على مادل عليه الخاص وهو حديث « الظهر يركب بنفقته اذا كان مرهونا » .

والجمع بين الدليلين أولى من اهدار وأعمال الآخر .

الوجه الرابع :

ان هذا الحديث مخالف للقياس من وجهين :

الاول : انه جعل الضمان بالنفقة والاصل فى الضمان أن يكون بالمثل أو بالقيمة .

الثانى : أنه جوز الانتفاع لغير المالك بغير اذنه وهو ممنوع لقوله ﷺ : « لا يحل مال امرىء مسلم الا بطيب من نفسه » .

ودفع هذا الوجه :

بأن مخالفة الحديث للقياس غير قادحة فى الاستدلال لان الأئمة أثبتوا كثيرا من الاحكام بالنصوص وقالوا : انها ثابتة على خلاف القياس كالاجارة والسلم وغيرهما .

ثانيا : القياس :

وهو الدليل الثانى من أدلة القول الثانى : فقد قالوا فى تحريره أن نفقة الحيوان واجبة على الراهن وللمرتهن فيه حق وقد أمكنه استيفاء حقه من الرهن والنيابة عن المالك فيما وجب عليه واستيفاء ذلك من منافع المرهون وهو جائز قياسا على المرأة فيجوز لها أخذ نفقتها من مال زوجها عند امتناعه بغير اذنه والنيابة عنه فى الانفاق على نفسها فالجامع بين المرتهن وبين المرأة هو مطلق الامتناع من كل من الراهن والزوج فيجوز للمرتهن أن ينفق على الحيوان المرهون ويأخذ مقابلها من

منفعته كما يجوز للمرأة ان تنفق على نفسها من مال زوجها عند امتناعه عن الانفاق عليها متى أمكنها ذلك .

أدلـــة القـــول الثـــالث

استدل أصحاب القول الثالث على جواز انتفاع المرتهن بالمرهون مركوبا وحلبا بالسنة ، كما ستدلوا على جواز انتفاع المرتهن بالمرهون استخداما بالقيـــاس .

أولا استـــدلالهم بالســـنة :

١ ــ ما رواه الشافعي والدارقطني عن أبي هريرة رضى الله عنه عن النبي ﷺ قال : « لا يغلق الرهن من صاحبه الذى رهنـــه له غنمه وعليـــه غرمـــه » .

٢ ــ ما رواه البخاري وأبو داود والترمذي عن أبي هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « الظهـــر يركب بنفقتـــه اذا كان مرهونا ولبن الدر يشرب بنفقتـــه اذا كان مرهـــونا وعلى الذى يركب ويشـــرب النفقـــة » .

وجـــه الدلالة من الحـــديثين :

أن الحديث الاول دل على أن جميـــع منـــافع المرهون للراهن ، والحديث الثاني دل على أن للمرتهن أن ينتفع بالمرهون ركوبا وحلبـــا في نظير انفاقه عليه فجمعا بين الحديثين يحمل الاول على ما اذا قـــام الراهن بالانفاق على المرهون والثاني على ما اذا امتنع من الانفاق عليه .

ثانيا : اســتدلالهم بالقيــاس :

أما من حيث القياس فان الاستخدام كالحلب والركوب لانه مثلهما فكما جاز انتفاع المرتهن بالركوب والحلب فكذلك يجوز انتفاعه بالاستخدام .

أدلــة القــول الرابــع

استدل أصحاب القول الرابع على حل انتفــاع المرتهن بالمرهون ركوبا وحلبا فقط اذا امتنع الراهن من الانفاق على المرهون في نظير الانتفاع بمنفعة المرهون ولو زادت على قدر النفقة بالكتاب والسنة :

أولا من الكتــاب :

قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أمــوالكم بينكم بالبــاطل »(١١) .

ثانيــا من الســنة :

قوله ﷺ : « ان دماءكم وأموالكم عليكم حــرام »(١٢) .

وقــوله ﷺ : « لا يحــل مال امــرئ مسلم الا بطيب من نفســه »(١٣) .

فهذه النصوص (من كتاب الله وسنة رسوله عليه السلام) تدل دلالة صريحة على أن انتفاع الشخص بمال غيره من غير اذنه حرام ، ولا شك أن ملك الشيء المرهون باق للراهن ، فانتفاع المرتهن به لا يحل

(١١) الآية رقم ٢٩ من سورة النساء .

(١٢) فتح البارى بشرح صحيح البخارى عن أبى بكر ج ١/[illegible]

(١٣) مسند الامام أحمد بن حنبل ٧٢/٥ ، ٧٣ .

بدون اذن الراهن ، وقد جاء الحديث « الظهر يركب بنفقته اذا كان مرهونا ولبن الدر يشرب بنفقته اذا كان مرهونا ، وعلى الذى يركب ويشرب النفقة »(١٤) .

وهو يفيد جواز الانتفاع للمرتهن بالمرهون ركوبا وحلبا بغير اذن الراهن ولم يقيد ذلك بقدر النفقة فيقتصر على ورود النص ويبقى التحريم فيما عداه(١٥) .

ورد هذا الدليل :

بأنه قد جاء فى بعض الروايات التقييد بقدر النفقة وهو ما رواه حماد بن سلمة فى جامعه ، بلفظ « اذا ارتهن شاة شرب المرتهن من لبنها بقدر النفقة » .

وفى رواية أخرى زاد : « فان استفضل من اللبن شىء بعد ثمن العلف فهو ربا »(١٦) .

وهذا صريح فى أن الانتفاع بما زاد على قدر النفقة يكون حراما فالواجب تقييد « الظهر يركب بنفقته اذا كان مرهونا » .

القول المختار

والقول المختار من الاقوال الاربع السابقة فى انتفاع المرتهن بالمرهون ركوبا وحلبا ، اذا لم يأذن الراهن للمرتهن فى الانتفاع به هو القول الثانى وهو ما ذهب اليه الحنابلة واسحاق من حل الانتفاع بقدر النفقة بشرطين :

---

(١٤) فتح البارى بشرح صحيح البخارى ١٤٣/٦ ، ١٤٧ ، نيل الاوطار ٥/٢٦٦ ط الحلبى .

(١٥) المحلى لابن حزم جـ ٨

(١٦) أنظر نيل الاوطار جـ ٥ ص ١٠٢ .

١ ــ امتناع الراهن عن الانفاق على المرهون ٠

٢ ــ تحرى العدل بين الانفــاق والانتفــاع ٠

وذلــك لمــا يلــى :

أولا : لقوة أدلتــه :

حيث أن الناظر فى أدلة المذاهب المختلفة فى هذه المسألة يرى أنه قــد سلم منها حديث « له غنمه وعليه غرمه » وحديث « الظهر يركب بنفقته » وحديث « فان استفضل من اللبن شيء بعد ثمن العلف فهــو ربا » وسبيل العمل فى الاحاديث المتعارضة هو الجمــع بينهما ، وأما الاخذ ببعضها وترك البعض الآخر لمجرد ما أثير حــوله من أقاويل أو تعصب لرأى معين فبعيد عن الصواب ، والانصاف يقتضى :

أولا : حمل حــديث « له غنمه وعليه غرمه » العــام على حديث « الظهر يركب بنفقته اذا كان مرهونا » الخاص ، فينبغى جعل العــام مانعا من انتفاع المرتهن بدون اذن الراهن فيما عدا المركوب والمحلوب

ثانيا : تقييد حديث « الظهر يركب » المطلق المفيد جواز انتفــاع المرتهن بالمرهون فى نظير النفقة،سواء امتنع الراهن من الانفاق أم لا، وسواء أكانت المنفعة مساوية للنفقة أم لا فى موضعين :

الاول : اذا امتنع الراهن من الانفاق ٠

الثانى : اذا كانت المنفعة مساوية للنفقة ٠

أما الاول : فان الاصل أن نفقة المرهون على مالكه كما أفاد حديث:

« له غنمه وعليه غرمه » ولا يعدل عن هذا الاصل الا اذا امتنع الراهن من الانفاق على المرهون ، ولمــا كان المرتهن صــاحب حق فى المرهون وترك النفقة عليه يفوت هذا الحق ، جعل الشارع النفقة عليه

فى مقابل انتفاعه ركوبا أو حلبا لئلا يتضرر من الانفاق على مال غيره بالمجان ، وقياس الحنابلة تصرف المرتهن على تصرف المرأة فى مال زوجها بالانفاق على نفسها يؤيد ذلك ، لان المقيس عليه خاص بحالة امتناع الزوج من الانفاق ، فيجب أن يكون المقيس كذلك مقيدا بتلك الحالة ، والا كان قياسا مع الفارق .

أما الثانى : فلأن حديث « فان استفضل من اللبن شىء بعد ثمن العلف فهو ربا » صريح فى ذلك حيث كان الزائد عن النفقة ربا ، وهو محرم شرعا .

وبذلك يظهر بوضوح رجحان ما ذهب اليه الحنابلة واسحاق من جواز انتفاع المرتهن بالمرهون ركوبا وحلبا بقدر ما ينفقه عليه اذا امتنع من الانفاق على المرهون ، وفى حكمه اذا غاب أو تعذر انفاقه لعدم قدرته على الانفاق .

ثانيا : لموافقة هذا القول لروح التشريع لما فيه من المحافظة على حقوق الراهنين والمرتهنين وعلى الاموال التى أمر الشارع بالمحافظة عليها ونهى عن اضاعتها وأكلها بالباطل .

الباب الخامس

فى ضمان المرهون وهلاكه

ويحتوى على الفصول الآتية :

الفصل الأول : فى ضمان المرهون وأقوال الفقهاء فيه .

الفصل الثانى : ما يضمن به المرهون .

الفصل الثالث : حكم رهن مال الغير .

الفصل الرابع : انهاء عقد الرهن وأقوال الفقهاء فيه .

الفصل الخامس : نفقة المرهون .

الفصل الأول

فى ضمان المرهون واقوال الفقهاء فيه

اتفق الفقهاء على أن المرتهن يضمن المرهون اذا هلك بجنايته عليه أو بتقصيره فى حفظه ويكون الضمان بالمثل ان كان المرهون مثليا وبالقيمة ان كان قيميا بالغة ما بلغت قيمته ومهما كان المثل ويتقاصان فان كانت قيمة المرهون مساوية للدين سقط الدين بها وان كانت أكثر رد المرتهن الزيادة للراهن وان كانت أقل رجع المرتهن بالباقى من دينه(١) .

ثم اختلفوا فى ضمانه اذا هلك بيد المرتهن بغير تعد منه ولا تقصير فى حفظه على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

يقول بجعل الضمان على المرتهن مطلقا سواء اكان المرهون مما يغاب عليه فيمكن اخفاؤه ، كحلى ، أو ثياب . أم كان مما لا يغاب عليه فلا يمكن اخفاؤه كالدار أو الحيوان أو الزرع قبل الحصاد .

ذهب الى ذلك كثير من الصحابة رضوان الله عليهم والحسن البصرى وشريح والشعبى واسحاق ابن راهويه وابراهيم النخعى وقتادة والزهرى وابن أبى ليلى وهو مذهب الحنفية غير أنهم اختلفوا فى كيفية الضمان المقرر هل يكون بالاقل من قيمته المرهون ومن الدين أو بقيمته بالغة ما بلغت أو بمقدار الدين(٢) وان كان الحنفية يرون فى الضمان تفصيلا نذكره على النحو التالى : فان هلك المرهون وساوت قيمته الدين سار مستوفيا دينه حكما أو زادت كان الفضل أمانة فيضمن بالتعدى أو نقصت بقدره ورجع المرتهن بالفضل لان الاستيفاء بقدر

---

(١) المغنى والشرح الكبير جـ ٤/٣٤٢ .

المالية ويضمن المرتهن بدعوى الهلاك بلا برهان سواء كان من اموال ظاهرة أو باطنة(٢) ، (٣) .

القول الثاني : وهو مروى عن على كرم الله وجهه وعطاء والاوزاعى وأبي ثور وابن المنذر وهو مذهب الشافعية والحنابلة والظاهرية : القائلين : ان الرهن غير مضمون على المرتهن مطلقا سواء كان مما يغاب عليه أو كان مما لا يغاب عليه فلا يسقط فى مقابلة شيء من دين المرتهن وكأنه هلك عند صاحبه بدون تعد عليه من أحد(٤) .

القول الثالث : للمالكية الذين يقولون ان ضمان الرهن على المرتهن إذا كان مما يغاب(٥) عليه أما اذا كان مما لا يغاب عليه فلا يضمنه المرتهن ولا يسقط فى مقابلة شيء من الدين وكأن المرهون هلك عند صاحبه بدون تعد عليه من أحد .

الادلة

استدل أصحاب القول الأول : على أن ضمان المرهون على المرتهن مطلقا سواء كان مما يغاب عليه أو كان مما لا يغاب عليه بالسنة والاجماع والقياس .

---

(٢) وان كان الامام مالك يخصه بالاقوال الباطنة انظر مواهب الجليل للحطاب ج ٥/٧ .

(٣) انظر قول الحنفية فى حاشية ابن عابدين ج ٦/٤٨١ ــ الطبعة الثانية ١٩٦٦م .

(٤) الأم للشافعى ج ٣/١٤٧ ، ومغنى المحتاج ٢/١٣٦ ، والمغنى والشرح الكبير ج ٤/٣٤٢ والمحلى لابن حزم ج ٨/٩٦ .

(٥) حتى وان اشترط المرتهن أنه لا يضمنه فلا يفيده شرطه لأن هذا الشرط ينافى حكم أصل العقد وربما جعله وسيلة للاستيلاء على المرهون وادعاء ضياعه التاج والاكليل ج ٥/٢٦ بهامش المواهب للحطاب ينظر : الخرشى ٥/٢٥٦ ، بداية المجتهد لابن رشد ٢/٣٣٩ .

أولا : السنة :

١ ــ ما رواه ابن أبى شيبة فى مصنفه عن ابن المبارك عن مصعب ابن ثابت قال : « سمعت عطاء يحدث أن رجلا رهن عند رجل فرسا بحق له فنفق الفرس فى يد المرتهن فاختلفا وترافعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للمرتهن : « ذهب حقك »(٦) •

وجه الدلالة من هذا الحديث :

أن قوله (ذهب حقك) اخبار من الرسول صلى الله عليه وسلم بذهاب حق المرتهن بهلاك المرهون والحق يحتمل ثلاث معان :

الأول : الوثيقة •

الثانى : المطالبة بالبدل •

الثالث : الدين •

فعلى الأول : يكون قوله « ذهب حقك » اخبار عن ذهاب الوثيقة وهى المرهون وذهابه معلوم حسا فلا يحسن الاخبار عنه فلا تصح ارادته عن الحق ••

وأما عن الثانى : فيكون قوله « ذهب حقك » اخبار عن ذهاب المطالبة بالبدل وسقوطها ، والمطالبة بالبدل لم تكن واجبة قبل التلف فلا يصح الاجبار عنها بذهابها بالتلف لأن الشىء لا يقال عنه ذهب الا بعد وجوده وثبوته •

فتعين الثالث : وهو الدين ويكون قوله « ذهب حقك » اخبار عن ذهاب الدين •

---

(٦) نصب الراية جـ ٤/٣٢١ •

ان كلمة الحق تكررت فى الحديث مرتين الأولى منكرة والثانية معرفة فاعادته معرفة يدل على أن معنى الحق فى الحديث هو الدين وهذا أدل على أن معنى الحق فى الحديث هو الدين سواء كان منكرا أو معرفا وذهاب الدين فى مقابلة المرهون الذى هلك يدل على أن المرتهن ضامن للمرهون إذا هلك فى يده •

ورد هذا الدليل : بأن الحديث لا يصلح حجة لأن علماء الجرح والتعديل ضعفوه فقال عبد الحق فى أحكامه هو مرسل وضعيف وقال ابن القطـــان أن فى رواته مصعب بن ثابت بن عبد الله بن الزبير وهو ضعيف كثير الغلط وان كان صدوقا(٧) •

٢ ــ ما رواه علقمة بن مرثد عن محارب بن دينار أن النبى صلى الله عليه وسلم قال الرهن بما فيه ، ذهبت الرهان بما فيها(٨) •

وجه الدلالة من هذا الحديث :

أن الرسول صلى الله عليه وسلم : أخبر بأن الرهن اذا هلك هلك بالدين لأن الذهاب هو الهـــلاك فيكون المعنى هلاك الرهان يكون بما

---

(٧) الأم للشـــافعى ج ٣/١٦٢ •

(٨) وفى رواية اذا عمى الرهن ، فهو بما فيه ، قال أبو داود فى مراسلبه عن أبى الزناد عن أبيه ، أنه قال : ان ناسا يوهمون فى قول الرسول صلى الله عليـــه وسلم « الرهن بما فيـــه » ولكن انما قال ذلك فيما أخبر عنه الثقة من الفقهـــاء أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال « الرهن بما فيه » اذا هلك وعمت قيمته يقال حينئذ للذى رهنه زعمت أن قيمته مائة دينار ورضيت بالرهن ويقال للاخر زعمت أن ثمنه عشرة دنانير وقد رضيت به عوضا عن عشرين دينارا فهذه الرواية تدل عـلى أنه اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد هلاكه واختلف الراهن والمرتهن فى قيمته فإن المرهون يكون بما رهن فيه من الدين ولا يرجع المرتهن على الراهن بشىء وهذا معنى كونه مضمونا على المرتهن •

رهنت فيها من الدين فلا يرجع المرتهن على الراهن بدينه ، وهذا معنى كونه مضمونا على المرتهن ٠

وورد هذا الاستدلال : بأن هذا الحديث لا يصلح للاحتجاج به ، فقد رواه الدارقطني من ثلاثة طرق لم يخل طريق منها من راو كذاب أو ضعيف أو وضاع(٩) ٠

---

(٩) حديث « الراهن بما فيه ذهبت الرهان بما فيها » روى مسندا ومرسلا (أ) أما المسند فلم يخل طريق من طرقه من راو كذاب أو ضعيف أو وضاع فقد رواه الدارقطني من ثلاثة طرق :

الطريق الأول فيه أحمد بن محمد بن غالب وهو غلام وقال ابن الجوزي كان كذابا يضع الحديث وفيه هشام بن زياد وقال يحيى ليس بشيء وقال النسائي متروك الحديث وقال بن حبان ينفرد عن الثقات بالمعضلات وفيه عبد الكريم بن روح ضعفه الدارقطني وقال الرازي انه مجهول ٠

الطريق الثاني : فيه اسماعيل بن أمية قال الدارقطني يضع الحديث ٠

الطريق الثالث : فيه سعيد بن راشد قال يحيى بن معين ليس بشيء وقال النسائي متروك وقال بن حبان لا يجوز الاحتجاج به ٠

(ب) أما المرسل فهو وان كان رواته ثقات عدول الا أنه لا يقوى على معارضة حديث (لا يغلق الرهن) المفيد أن المرهون أمانة في يد المرتهن لأنه روى من عدة طرق مسندة صحيحة ٠

انظر نصب الراية للزيلعي جـ ٤/٣٢١ ، ٣٢٢ ٠

ومع ما تقدم فالذي نراه هو أن الحديث لم يخل من ارسال أو ضعف في حد رواته في كل الطرق ومع هذا فان المرسل الغالب أنه حجة ولاسيما اذا كان مشهورا ووافق بعض الفتاوى وأما اختلاف الطرق فانه يؤدي الى قوة الدليل لا الى ضعفه ٠

انظر : العناية شرح الهداية جـ ٨/١٩٤ ، وتبيين الحقائق جـ ٦/٦٥ ، وكتابنا في مصطلح الحديث ٠

ثانيـا : الاجمـاع :

فقد روى عن الصحابة والتابعين أن الرهن مضمون على المرتهن وأن اختلفوا فى كيفية الضمان ولم يخالف فى ذلك أحد فالقول بأن الرهن أمانة فى يد المرتهن خرق لذلك الاجماع(١٠) •

ورد هـذا الاسـتدلال :

بأن دعوى الاجماع عارية عن الدليل فلا تصـح فان المنقول عن بعض الصحابة وبعض التابعين خلاف مدعى عليه الاجماع فقد صـح النقل عن على كرم الله وجهه أن المرهون أمانة فى يد المرتهن • فقد روى عنه : أنه قال فى الرهن يترددان الفضل فان صابته جائحة برىء وهذا يدل على أن عليا رضى الله عنه لم يرد ترك الفضل الا فيما تلف بجناية المرتهن أما ما أصابته جائحة فانه يرى براء المرتهن منه وهذا معنى كون المرهون لا يضمنه المرتهن اذا تلف فى يده دون تعد منه عليه ودون تقصير منه فى حفظه •

وقد صح عن عطـاء والزهرى « وهما من التابعين » القول بأن المرهون أمانة فى يد المرتهن،قال عطاء : الرهن وثيقة ان هلك فليس على المرتهن غرم بأخـذ الدين له كله ، وقال الزهرى فى الرهن يهلك انه لم يذهب حق هذا فأهلك من رب الرهن له غنمه وعليه غرمه •

ومع مخالفة هؤلاء فحكاية الرجوع غير صحيحة •

ثالثـا : القيـاس :

قالوا الدين كأرش جناية العبد بجامع أن كلا حق تعلق بعين فكما أن أرش جناية العبد يسـقط بتلف العبد فكذلك الدين يسـقط بتلك المرهون •

---

(١٠) نصب الراية للزيلعى جـ ٤/٣١٩ •

ورد هـذا القيـاس :

بالفارق ، فان أرش جناية العبد حق تعلق بمحل واحد هو رقبة العبد أما الدين فحق للمرتهن تعلق بذمة الراهن وبرقبة المرهون ، فان تلف المرهون فقد تلف أحـد المحلين وبقى تعلقه بالمحل الآخر كالدين المضمون فان تلف الضامن لا يسقط الدين لبقاء المحل الآخر .

أدلة القـول الثانى :

استدل أصحاب القول الثانى على أن المرتهن لا يضـمن المرهون اذا هلك فى يده دون تعد عليه ودون تقصير منه فى حفظه بالسنة والقياس

أولا : السـنة :

ما رواه الشافعى والدارقطنى عن أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا يغلق الرهن ، الرهن من صاحبه الذى رهنه ، له غنمه وعليه غرمه » .

وجه الدلالة من هذا الحديث :

أن قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « الرهن من صاحبه » معناه من ضمانه فان قوله صـلى الله عليه وسلم : « له غنمه وعليه غرمه » معناه : للراهن زوائد الرهن ومنافعه وعليه نقصانه وهلاكه ، فالقولان يدلان دلالة واضـحة على أن يد المرتهن على المرهون يد أمانة ، فلا يضمنه اذا هلك فى يده(١١) .

وقد رد هـذا الاستدلال :

بأن هذا الحديث مختلف فى وصله وارساله ورفعه ووقفه ، وحديث هذا شأنه لا يصلح للاحتجاج به(١٢) .

(١١) أحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ٢٦٥ .
(١٢) العناية عـلى الهداية جـ ٨/٩٦ .

ودفــع هــذا الرد :

بأن مثل هذا الحديث يحكم فيه بالوصل والرفع ، لأنها زيادة من الراوى والزيادة من الثقة مقبولة ، كما قرر ذلك علماء الجرح والتعديل فالحديث يصلح للاحتجاج به ، ومثبت للمطلوب ، وهو أن يد المرتهن يد أمانة ، فلا ضمان عليه اذا هلك المرهون فى يده دون تعد منه عليه وقد رد هذا الاستدلال أيضا : بوجوه أخرى ضعيفة لا تقدح فى صحة الإستدلال به •

ثانيــا : القيــاس :

قياس المرهون على الصك والكفيل والشاهد بجامع مطلق لاتوثيق فى كل ، فكما أن الدين يكون باقيا بحاله ، على الراهن اذا تلف الصك أو مات الكفيل أو الشاهد ، فكذلك يكون الدين باقيا بحــاله اذا هلك المرهون ، وهذا هو معنى عدم الضمان(١٣) •

ورد هــذا القيــاس :

بأنه قياس فاسد لعدم وجود العلة : فان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء ، فاذا هلك المرهون تحقق الاســتيفاء بخلاف تلف الصــك وموت الكفيل والشــاهد ، فانه لم يتحقق بها معنى الاســتيفاء لأن الاستيفاء مختص بالمــال •

ودفع هــذا الرد :

بأنا لا نسلم أن موجب الرهن ثبوت يد الاســتيفاء بل موجبــه التوثق الذى قد يوصل الى الاستيفاء من غير المرهون اذا لم يقم المدين

---

(١٣) الهداية ٤/١٠١ ، المهذب ١/٣١٦ •

الراهن بدفع الدين فى موعده المحدد له ، بدليل أن المدين لو دفع الدين عنـد الأجل أو قبله زال التوثق بالمرهون وتسـلمه من المرتهن فالدين لا يسقط بموت المرهون ، كما لا يسقط بموت الكفيل والشـاهد وتلف الصـك .

أدلة القول الثالث :

استدل أصحاب القول الثالث على أن المرتهن يضمن المرهون الذى يغاب عليه ولا يضمن اذا كان مما لا يغاب عليه بدليلين :

الدليـل الأول :

أن ما يغلب عليه يكثر فيه ادعاء الضياع على وجه لا يعلم فيه صدق مدعيه لخفائه وعدم اطلاع الناس عليه وما لا يغاب عليه ليس كذلك اذ هلاكه وتلفه من شأنه أن يكون ظاهرا للناس معروفا فلوجود التهمـة فيما يغاب عليه وجب ضمانه على المرتهن لأن عدم الضمان يكون ذريعة لاضاعة الحقوق أو خفائها رغبة فى اقتنائها فالمناط وجود التهمة حتى اذا قامت للمرتهن بينة على صدق مدعاه من الهلاك فلا ضمان عليه(١٤)

ورد هـذا الدليل :

بأنه لا وجه للتفرقة بين ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه الا ما يدعى من وجود التهمة فى الأول دون الثانى ولكن التهمة موجودة فى كل شىء ومتوجهة الى كل انسـان(١٥) .

ودفع هـذا القـول :

بأن التهمة التى يعول عليها انما هى التهمة القوية والواقع يحكم على أنها موجودة فيما يغاب عليه دون ما لا يغاب عليه .

---

(١٤) الخرشى ٥/٢٥٧ ، منح الجليل ٣/١٠٢ .

(١٥) المحلى لابن حـزم ٨/٩٧ .

الدليل الثـانى :

عمل أهل المدينة انما يكون حجة اذا دل على سنة متبعة فى زمن الرسول صلى الله عليه وسلم كنقلهم الصاع والمد والمزارعة والمساقاة .

أما العمل الذى طريقه الاجتهاد والاستـدلال كما هو ظاهر فى ضمان المرهون فلا يكون حجة(١٦) .

ودفع هـذا الرد :

بأنه يبعـد أن يتفق أهل المدينة على عمل ويتناقلونه عصرا بعد عصر من غير دليل لأنهم أعلم بالسـنة متقدمها ومتأخرها ناسـخها ومنسوخها فانهم أدركوا رسـول الله صلى الله عليه وسلم وعاشـوا معه فهم أعلم الناس بما كان عليه فى آخر حياته وقد كان طريقهم العمل بالمنقول كلما وجدوا الى ذلك سبيلا ولم يلجأوا الى الاجتهـاد الا بعد عجزهم عن الوقوف على المنقول ومن المعلوم أن المسائل الاجتهادية لم يثبت الاتفاق عليها مثل ما يثبت هؤلاء على الاتفـاق على العمل بعمل أهل المدينة رضى الله عنهم .

على أن ابن الحاجب المـالكى نقل أن مذهب الامام مالك رضى الله عنه فى اجماع أهل المدينة حجة مطلقا فى المنقولات وغيرها(١٧) .

القـول الراجـح

هو القول الأول الذى يقول بضمان المرتهن عند هلاك الرهن مادام الهلاك قد جعل العين المرهونة كأنها غير موجودة ولا فرق بين ما يغاب عليه كالأشياء التى يمكن اخفاؤها وبين ما لا يغاب عليه كالعقارات التى لا يمكن اخفاؤها .

---

(١٦) اعـلام الموقعين ٢/٣١٤ .

(١٧) ابن الحـاجب ٢/٣٥ ج

ودليل على رجحان هذا القول :

قوله تعالى : « فرهان مقبوضة فان أمن بعضكم بعضا فليؤد الذى أؤتمن أمانته » .

فعطف بذكر الأمانة على الرهن فذلك يدل على أن الرهن ليس بأمانة واذا لم يكن أمانة كان مضمونا اذ لو كان الرهن أمانة لما عطف عليه الامانة لأن الشىء لا يعطف على نفسه وانما يعطف على غيره(١٨). ولأن الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس لان الرهن ينبىء عن الحبس الدائم . قال تعالى « كل نفس بما كسبت رهينة»(١٩).

والأحكام الشرعية تتعطف على الالفاظ على وفق الاخبار ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو أن تكون موصلة اليه وذلك ثابت بملك اليد والحبس ليقع الأمن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيسارع الى قضاء الدين لحاجته أو لضجره واذا كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانيا يؤدى الى الربا بخلاف حالة القيام لأنه ينقص هذا الاستيفاء بالرد على الراهن فلا يتكرر ولا وجه الى استيفاء الباقى بدونه لأنه لا يتصور والاستيفاء يقع بالمالية أما العين فأمانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن فى صيانته وحفظه لأن قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء اذا اشتراه المرتهن لأن العين أمانة فلا تنوب عن قبض ضمان وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء وهذا يحقق الصيانة وان كان فراغ الذمة من ضروراته كما فى الحوالة فالحاصل أن حكم الرهن صيرورة الرهن

---

(١٨) أحكام القرآن للجصاص جـ ٢/٣٦٢ .

(١٩) سورة المدثر الآية رقم ٣٨ .

محتبسا بدينه باثبات يد الاستيفاء عليه(٢٠) وان قلنا بأن المرتهن لا يضمن ويرجع على الراهن مرة أخرى ليضع شيئا مكان ما هلك لكان فيه أجحاف به ويجتمع عليه أكثر من ضرر أحد هذه الأضرار لحبس المال المرهون عنه فلا ينتفع به .

وثانيها : هلاك المال المرهون .

وثالثها : الرجوع عليه بالمطالبة لأن يضع مكان الهالك شيئا فيصير رهنا الا اذا ثبت أن الهلاك من غير تعد من المرتهن وثبت عدم تقصيره كما أنه ثبت حفظه له كحفظه لماله فانه يهلك بلا شيء لأن الامانة اذا هلكت بغير تعد فلا ضمان . (والله أعلم بالصواب) .

---

(٢٠) الهداية جـ ٢٠٢/٤ .

الفصل الثانى

فى ما يضمن به الرهن

بعد أن اخترنا ضمان المرهون بالهلاك فى يد المرتهن نتكلم عن ما يضمن به المرهون اذا هلك بغير تعد ٠

وللفقهاء فى كيفية الضمان ثلاثة أقوال هى :

القول الأول :

أنه يضمن بالأقل من قيمته ومن الدين ، فان كانت قيمته تساوى قيمة الدين سقط الدين عن الراهن ولا يرجع أحدهما على الآخر بشىء وان كانت قيمة الرهن أكثر من الدين سقط الدين ولا يرد المرتهن شيئا للراهن ، وان كانت قيمة الرهن أقل سقط من الدين بمقداره ، ويدفع الراهن للمرتهن ما زاد عليه ٠

ذهب الى ذلك أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد ويروى عن عمر ابن الخطاب رضى الله عنه(١) ٠

القول الثانى :

أنه يضمن بقيمته ما بلغت ٠

ذهب الى ذلك زفر واسحاق بن راهويه والمالكية فيما يغاب عليه ويروى عن على كرم الله وجهه وابن عمر(٢) ٠

---

(١) موسوعة فقه عمر بن الخطاب للقلعجى ص ٣٤٩ ط ١ مكتبة الفلاح الكويت وانظر حاشية ابن عابدين ٦ ص ٤٨١ ط ٢ مصطفى الحلبى بمصر ٠

(٢) انظر بدائع الصنائع جـ٦ ص١٦٠،مواهب الجليل جـ٥ ص٢٠٥

القــول الثــالث :

انه يضمن بالدين فان هلك سقط الدين عن الراهن ولا يغرم أحدهما للآخر شيئا مطلقا سواء كان المرهون مساويا للدين أم أقل أم أكثر(٣)

الأدلــة

استدل أصحاب القول الأول : على أن المرهون اذا تلف أو هلك بتعد من المرتهن فانه يضمن الأقل من قيمته ومن الدين بدليلين هما :

الدليــل الأول :

ما روى عن عمر وابن مسعود (رضى الله عنهما) انهما قالا : « المرتهن أمين فى الفضل » وهو نص فى أن المرتهن لا يرد الى الراهن ما زاد عن الدين اذا تلف المرهون أو هلك(٤) .

ورد هــذا الاســتدلال :

بأن ما روى عن عمر لم يصح عنه لأنه من رواية عبيد بن عمير عن عمرو وهو لم يدرك عمر ، أو ادركه وهو صغير ولم يكن أهلا للسماع منه.

وقال البيهقى : هذا الأثر ليس بمشهور .

الدليــل الثــانى :

ان الزائد على قدر الدين أخذه المرتهن لا فى مقــابلة شىء فكان غير مضمون كالوديعة ، لأن يد المرتهن يد استيفاء فلا توجب الضمان، الا بالقدر المستوفى ، كما اذا أعطى شخص لدائنــه دراهم فى كيس

---

(٣) البدائع ٦ ص ١٦٠ ، تبيين الحقائق ٦ ص ٦٣ ، تكملة الفتح جـ ٨ ص ١٩٤ وكشف الحقائق للافغانى ٢٥٣/٢ .

(٤) كشف الحقائق شرح كنز الدقائق للافغانى ٢٥٣/٢ .

وكانت أكثر من الدين الذى للدائن ، فهلك الكيس بيد الدائن فانه يكون مضمونا عليه بقدر الدين ، والزائد أمانة ، فكذلك المرهون(٥) •

ورد هـذا الاستدلال :

بأنا لا نسلم أن الزائد على قدر الدين أخذه المرتهن لا فى مقابلة شىء فكان غير مضمون لذلك ، بل ان المرتهن أخذ الرهن ليستوثق به فى نظير دينه لا فرق بين جزء وجزء ، لأنه كل لا يتجزأ وقد رضى الراهن بذلك فى عقد الرهن •

وأيضا فقد بنيتم هذا على أن يد المرتهن يد استيفاء ، ويد المرتهن ليست يد استيفاء ، وانما هى يد توثق يوصل للاستيفاء ، بدليل أن الراهن لو دفع الدين من غير رهن حصل الاستيفاء بدون الرهن •

وعليه فلا محل لقياسكم هلاك الرهن على هلاك الكيس الذى دفعه المدين لدائنـــه •

واســتدل أصـــحاب القول الثانى :

على أن المرهون يضمنه المرتهن بقيمته مهما بلغت بدليلين :

الدليـــل الأول :

ما روي عن على كرم الله وجهه أنه قال : « يترادان الفضـــل » والتراد يكون من الجـــانبين ، فيرجع كل واحـــد منهما على صـــاحبه بالفضـــل عند الهـــلاك •

ورد هـــذا الدليـــل :

بأن قول على كرم الله وجهـــه « يترادان الفضـــل » محمول على

---

(٥) المبســـوط ٦٧/٢ •

ما لو هلك المرهون بجناية من المرتهن كما تدل على ذلك الرواية الصحيحة عنه وهى انه قال : (يترادان الفضل فان هلك بجائحة برئ) فقد أثبت البراءة للمرتهن فيما أصابته جائحة تدل ذلك على أن ترادى الفضل انما هو فيما اذا تلف بجناية المرتهن(٦) •

الدليل الثانى :

أن القدر الزائد على قيمة الدين مرهون عند المرتهن لكونه محبوسا عنده فيكون مضمونا عليه قياسا على ما يساوى الدين •

ورد هذا الدليل :

بأنه مبنى على أن المرهون مضمون على المرتهن ضمانا أثبته الشرع بعقد الرهن ، ولم يقم دليل صحيح على ضمان المرهون بهذا الوجه وانما هو مضمون ضمان خوف التعدى وهو يكون مضمونا بقيمته أو بقدر الدين أو بالأقل منهما •

واستدل أصحاب القول الثالث :

على أنه يضمن بالدين : بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : (الرهن بما فيه) •

وجه الدلالة من هذا الحديث :

أنه صلى الله عليه وسلم جعل الرهن فى مقابلة ما رهن فيه وهو الدين فيكون مضمونا به •

ورد هذا الدليل :

بأن هذا الحديث لم يصح رفعه الى النبى صلى الله عليه وسلم

---

(٦) المبسوط ٦٧/٢ •

وانما الذى صح : أنه مرسل ورد فى حالة خاصة وهى : ما اذا اشتبهت قيمة المرهون كما جاء ذلك موضحا فى رواية أبى داود للحديث فى مراسيله •

ومذهب المستدلين به الضمان بالدين مطلقا اشتبهت القيمة أو علمت فهم لم يقولوا بمضمون هذا الحديث •

الرأى الراجح

هذا : والناظر الى أدلة هذه الأقوال الثلاثة فيما يضمن به المرهون يتبين له أنها غير ناهضة لاثبات ماذهبوا اليه لعدم سلامتها بما ورد عليها

والذى يترجح لدينا : أن الرهن متى هلك فانه اذا كان مساويا للدين كانت المقاصة بين الراهن والمرتهن •

وأما اذا كانت هناك زيادة فى الرهن وهلكت من غير تعد من المرتهن ولا تقصير منه فى الحفظ لم يرجع الراهن على المرتهن بشىء لأن الزائد أمانة وهلاكها من غير تعد لا يستوجب الضمان وهذا يتمشى مع الرأى القائل أنه اذا هلك هلك بالدين •

أما اذا ثبت التقصير من المرتهن وعدم الحفظ للرهن بما يستوجب من وسائل الحفظ فانه يعتبر متعديا بالهلاك وتعديه يستوجب ضمانه للفضل حتى لا يؤدى الى الاضرار بالراهن وهذا يتمشى مع الرأى القائل بأنه مضمون بالقيمة •

وان كنا على هذا : نأخذ بجزء هذا الرأى حال الزيادة دون النقصان لأن قيمته قد تكون أقل من الدين •

أما هلاكه بغير شىء فانه يؤدى الى الاضرار بالراهن ولا سيما اذا طالبه برهن آخر يوضع مكانه وهذا جمع بين الأقوال فى كيفية الضمان خير من اهمال بعضها وقد يكون ما أهمل هو الصواب بعينه والله أعلم بالصواب •

الفصل الثالث

فى حكم رهن ملك الغير

المقصـــود بملك الغير هو ما ليس مملوكا للمتصرف فيـــه وان كان مملوكا للغير ويمكننا أن نقول ان الفرق بين ملك الشخص وملك غيره هو اباحة التصرف فان ملك الشخص يثبت له كافة التصرفات دون أن يتوقف على اذن خارجى ، أما ملك الغير فهو ما لا يباح التصرف فيه الا باذن صاحبه والرهن من التصرفات المباحة ، الضامنة ، ومن العقود القولية التى يترتب عليها آثار •

ولذلك سنتكلم عن آراء الفقهـــاء فى حكم رهن ملك الغير ، وذكر أدلتهم مع بيان الرأى المختار •

آراء الفقهـــاء

الرأى الأول :

يقول بجواز رهن ملك الغير بشرط أن يأذن له الغير فيه •

وبهذا قال الحنفية(١) والشافعية(٢) والمالكية(٣) والحنابلة(٤) والشيعة الاباضـــية(٥) •

وهؤلاء ، يمكن أن نطلق عليهم لفظ جمهور الفقهاء •

ومع اتفاقهم هذا الا أننا نجد الشافعية قد منعوا رهن مال المحجوز عليه سواء كان رهن مالهما أو ارتهانهما الا لضرورة أو غبطة ظاهرة ←

---

(١) بدائع الصنائع ج ١٣٦/٦ •

(٢) المجموع شرح المهذب ٢٠٤/١٣ ، مغنى المحتاج ج ١٣٣/٣ •

(٣) مواهب الجليل للخطاب ج ٣/٥ •

(٤) المغنى والشرح الكبير ج ٣٨٢/٤ ، ٣٩٧ •

(٥) الايضـــاح ١٥٨/٧ ، ١٥٩ •

والحنابلة لم يجيزوا ارتهان مال اليتيم الا بشرطين : هما :

١ ــ رهنه عند ثقة •

٢ ــ أن يكون فيه حظ لليتيم •

الرأى الثانى :

وهو للظاهرية ومن وافقهم : أنه لا يجوز رهن ملك الغير مطلقا محجورا عليه أم غير محجور عليه(٦) •

الأدلة

أدلة الرأى الأول :

استدل أصحاب الرأى الأول على جواز رهن ملك الغير بالادلة الآتية :

أولا : السنة :

١ ــ بما صح عن طريق سويد بن غفلة عن عائشة أم المؤمنين عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « ان أطيب ما أكلتم من كسبكم وان أولادكم من كسبكم »(٧) •

ومن طريق الأسود بن يزيد عن أم المؤمنين عائشة رضى الله عنها عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : [أطيب ما أكل الرجل من كسب يده وولده من كسبه](٨) •

---

(٦) المحلى لابن حزم ج ١٠٢/٨ ، ١٠٣ •
(٧) سنن النسائى ج ١١٢/٧ ط / الحلبى •
(٨) سنن النسائى ج ١١٢/٧ ط / الحلبى •

وجـــه الدلالة :

من الروايتين أنهما قد دلتا على أن ولد الرجل من كسبه ومال ولده من كسبه ومن ثم يباح له أن يتصرف فى مال ولده بلا حرج ومن التصرف أنه اذا رأى أن يرهن مال ولده صح ولا يمنع منه مانع •

وقد ورد هذا الاستدلال بما يلى :

أن هذين الخبرين انما هما فى الأكل وكذا يقول أهل الظاهر ولذلك فلا يقاس على الأكل غيره عملا بظاهر النص ويمكن أن يدفع هذا الرد: بأن اباحة الأكل تبيح غيره لا سيما أن أكل الشىء يزيل أثره ويمنع ملكيته بخلاف رهنه فانه لا يزيل ملكية المرهون وان جعل بعض الآثار مترتبة عليه فكان الرهن أولى من الأكل •

٢ ـــ ما روى عن جابر بن عبد الله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : [أنت ومالك لأبيك](٩) •

وجه الاســتدلال :

أن الحــديث قد ورد بصــيغة الخبر والخبر المروى عن النبى صلى الله عليه وســلم مقطوع بصــدقه وهذا الخبر قد دل فى صراحة ووضــوح على أن الولد وماله مملوك للأب ويزيد هــذا التعبير قوة ادخال اللام فى قوله (لأبيك) واللام للملكية ومادامت الملكية قد ثبتت للأب فى الولد والمال جاز له أن يتصرف فى مال ولده كيف يشاء سواء كان التصرف ناقلا للملكية فمن باب أولى يجــوز التصرف الذى ينقل الملكية كالرهن •

---

(٩) سنن ابن ماجة جـ ٧٦٩/٢ عن عمرو بن شعيب عن أبيــه عن جده ط/ عيسى الحلبى •

ومما يقوى هذا : ما رواه الفقهاء : باباحة رهن الرجل مال ابنه الصغير وأسقطوا عنه الحد فى وطء أمة ابنه الصغير والكبير وفيما سرق من مال ابنه الصغير والكبير وقضوا على الأب بضمانه وردة وأباح المالكية به أن يتصدق من مال ابنه الصغير عن نفسه وأن يعتق رقية ابنه الصغير خاصة ويضمن القيمة فى ذلك كله •

ورد هذا الاستدلال :

بأنه لا حجة لهم فى هذا الخبر بل هو حجة عليهم لأنهم أول من خالفوا هذا وان كانت الأدلة المتقدمة قد ورد عليها استثناء من قبل الشافعية والحنابلة بشأن الأوصياء والإولياء فلايجوز رهن مال المولى عليهم حيث قالوا : ما نصه : فلا يرهن الولى أيا كان أو غيره مال الصبى والمجنون ولا يرتهن لهما •

أما الراهن فلأنه يمنع من التصرف فى المرهون فهو حبس لمالهما بغير عوض،وأما الارتهان فلأن الولى ف حالة الاختيار لا يبيع الا بحال مقبوض قبل التسليم فلا ارتهان •

وان كانوا قد أوردوا على ذلك استثناء وجوزوا الرهن فى حالتين الضرورة والغبطة الظاهرة(١٠) فى نفس الوقت أجازوا للراهن أن يستعير شيئا ليرهنه مع علم المعير بذلك ولعل جهة التفرقة عند الشافعية أنهم رأوا الولاية مرتبطة بمصلحة المولى عليهم فقط •

أما فى حالة المعير فانه مالك مدرك له حق التصرف فان له أن يهب ماله بلا مقابل فمن باب أولى أن يعيره ليرهن •

وكذلك الحنابلة : منعوا رهن مال المولى عايه الا بشرطين :

---

(١٠) مغنى المحتاج ١٣٢/٢ •

١ ـ أن يكون المرهون عنده ثقة .

٢ ـ أن يكون للمولى له فيه حظ وهو أن يكون به حاجة الى نفقة أو كسوة أو انفاق على عقاره المفهوم أو أرضـه أو بهائمه ونحو ذلك والحنابلة فى ذلك وافقوا الشافعية .

وان كان الحنفية جوزوا للولى رهن مال الصغير وارتهانه لنفسه حيث قالوا : كون المرهون مملوكا للراهن ليس بشرط لجواز الرهن حتى يجوز رهن مال الغير بغير اذنه بولاية شرعية كالأب والوصى برهن مال الصبى بدينه ويدين نفسـه لأن الرهن لا يخلو اما أن يجرى مجرى الايداع واما أن يجرى مجرى المبادلة والأب يلى كل واحد منهما فى مال الصغير فانه يبيع مال الصغير بدين نفسه ويودع مال الصغير(١) .

ومع هذا الاختلاف فى مال المولى عليه قد ذكرنا أنهم اتفقوا فى جواز رهن مال الغير غير المولى عليه .

والراجح لدينا : ما قال به الحنفية من عدم التفرقة فى جواز رهن مال الغير سواء كان مولى عليه أو غير ذلك لمـا يأتى :

(أ) عن سفيان الثورى عن أبى حمزة عن ابراهيم النخعى قال: الوالد فى حل من مال ولده الا الفرج .

(ب) وعن سعيد بن المسيب قال : الوالد يأكل من مال ولده ماشاء والولد لا يأكل من مال والده الا باذنه .

(ج) عن الحسـن البصرى قال : يأخذ الوالدان من مال ولدهما ما شـاءا .

وهذه الآثار فى جموعها تطلق يد الأب فى مال ابنه مرة بالحل ومرة

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٦/١٣٥ .

بالاباحة ومرة لا يمتنع عليه شيء وهذا كله يجعل رهن الأب مال ولده في دينه مباحا وصحيحا ما لم يترتب عليه ضرر في ذمة أولاده(١٢) •

أدلة الرأى الثانى :

الذى يقول بعدم جواز رهن مال الغير مطلقا •

استدل بما يلى :

١ ــ ما روى عن محمد بن سيرين قال : كل واحد منهما أولى بماله يعنى الوالد والولد •

٢ ــ ما روى عن حماد بن أبى سلمان عن ابراهيم قال : ليس للأب من مال ابنه الا ما احتاج اليه من طعام أو شراب أو لباس •

٣ ــ ما روى عن معمر عن الزهرى قال : لا يأخذ الرجل من مال ولده شيئا الا أن يحتاج فيستنفق بالمعروف يعوله ابنه كما كان الأب يعوله ، فأما اذا كان الأب موسرا فليس له أن يأخذ من مال ابنه فيبقى به ماله أو يضعه فيما لا يحل •

٤ ــ عن مجاهد قال : خذ من مال ولدك ما أعطيته ولا تأخذ منه ما لم تعطه(١٣) •

وبعد ذكر أدلة الرأى الثانى :

نجد أن الراجح الرأى الأول وذلك لعدة أسباب :

أولها : أن الرأى الأول فى أدلته مرويات عن نبى صلى الله عليه وسلم والرأى الثانى اعتمدت كل أدلته على الآثار •

ثانيا : أن الرأى الأول يتمشى مع الحكمة التى شرع من أجلها

---

(١٢) مغنى المحتاج جـ ٢/١٣٣ ، ١٣٥ •

الرهن وهى حاجة الراهن الملحة الى الدين فكما يكون برهن حاجته يمكن أن يقوم برهن حاجة غيره وأما الرأى الثانى : فانه يجافى الحكمة التى شرع الرهن من أجلها •

ثالثا : ان غالبية الفقهاء فى الرأى الأول اشترطوا اذن المعير فى حالة ما لو استعار شيئا نيرهنه فيما عدا الحنفية لم يشترطوا الاذن وكأن اشتراط الاذن وعدمه سارا لاختلافهم فى رهن مال اليتيم من قبل الولى أو الوصى وما دام الاذن معتبرا غقد رضى الاذن أن ترهن سلعته •

أما الرأى الثانى : فلم يعتبر الاذن ولهذا لم يجوز رهن مال الغير بل ان الشيعة فى رأى لديهم أجازوا رهن مال الغير بغير اذن حيث قالوا : [لا بأس اذا رهن — مك غيره — بغير أمره ثم جوز له مالكه الرهن بعد ذلك] والدليل على ذلك:حديث عروة البارقى الذى [دفع له النبى صلى الله عليه وسلم دينارا وأمره أن يشترى له به أضحية فاشترى له شاتين فباع احداهما بدينار وجاء الى النبى صلى الله عليه وسلم بشاة ودينار فأجاز له النبى صلى الله عليه وسلم الفعل] لأن القاعدة فى المنقول أنه لمن كان فى يده واليد دليله على مالكه • وأنه اذا عرف لأحد بوجه من وجوه الاملاك فلا يزيله عن حكمه الا بمعرفة خروجه من ملك مالكه الى ملك من انتقل اليه بوجه من وجوه الاملاك(١٤) •

---

(١٣) المحلى لابن حزم جـ ١٠٥/٨ ، ١٠٦ •
(١٤) الايضاح للشماخى جـ ١٥٨/٧ ، ١٦٠

الفصل الرابع

فى انهاء عقــد الرهن

ما تقدم كله كان لاستمرار عقد الرهن تولیناه منذ الانشاء وبينا مايستوجبه هذا العقد سواء من حيث الأركان والشروط وكيفية الانعقاد والانتفاع بالمرهون وغير ذلك وأخيرا جاء دور الانهاء لأن كل شىء له بداية له نهاية ومن ثم نتكلم عن الانهاء على النحو التالى :

(أ) من حيث حلول الأجل .

(ب) من حيث الموت أو الافلاس .

(جـ) من حيث هلاك المرهون .

(د) من حيث فسخ الرهن .

اولا : من حيث حلول الأجل :

ان القواعد العامة تقتضى أن كل دين يحل أجله يجب الوفاء به وان لم يوف المدين بدينه عد مفلسا والرهن عقد من العقود يحدد فيه أجله للوفاء فاذا ما حل الأجل وجب الوفاء بالدين المضـــمون وان عجز الراهن عن الوفاء عند الحلول انتقل الوفاء الى الشىء المرهون ويقوم المرتهن بالبيـــع ولا ينفرد به وحـــده بل لابد من اذن الراهن والمرتهن بالبيع وكذلك الراهن ليس له أن يبيعه وحده بل لابد من مراعاة اذن المرتهن وسبب ذلك أن الرهن لا يخرج المرهون عن ملكية الراهن فيظل مملوكا له وأما المرتهن فان مطالبته تتعلق بذمة الراهن وتتعلق بالشىء المرهون وتنحصر فيه اذا ما عجز الراهن عن الوفاء واذا بيع المرهون استوفى المرتهن دينه من ثمنه فاما أن يتســـاويا الثمن والدين فيأخذ المرتهن كل الثمن فى دينه أو يكون فى الثمن زيادة فيأخذ حقه ويرجع الفضل للراهن

وان نقص الثمن عن الدين رجع المرتهن على الراهن وقد لا يباع المرهون في الدين عند الحلول اذا افتكه الراهن وعند الفكاك يجب تسليم المرهون على أن يكون التسليم بعد قضـــاء الدين لأن الرهن وثيقة وفي تقديم تسليمه ابطال الوثيقة ولأنه لو سلم الرهن أولا فمن الجائز أن يموت الراهن قبل قضاء الدين فيصير المرتهن كواحد من الغرماء فيبطل حقه الا أن المرتهن اذا طلب الدين يؤمر باحضار الرهن أولا اذا كان قادرا على الاحضار من غير ضرر زائد ثم يخاطب الراهن بقضاء الدين لأنه لو خوطب بقضائه من غير احضار الرهن فمن الجائز أن الرهن قد هلك وصار المرتهن مســـتوفيا دينه من الرهن فيؤدى الى الاســـتيفاء مرة أخـــرى(١) .

ثانيا : من حيث الموت أو الافلاس :

أما من حيث موت أحـــد العاقدين أي الراهن أو المرتهن فقـــد اختلفت فيه آراء الفقهاء :

فعند المـــالكية يرون أن المرهون اذا كان مقبوضـــا لدى المرتهن فلا يبطـــل الرهن وكذلك اذا مات الراهن لأن الحوز قد تحقق بالقبض وبالحوز صـــار العقـــد لازما والدين قد تعلق بالرهن فموت أحدهما لا يؤدى الى البطلان ، أما اذا لم يقبض المرتهن الرهن ولم يجد في المطالبة حتى مات الراهن أو أفلس بطل الرهن وصار المرتهن كســـائر الغرماء لعدم الحوز لانعدام القبض واللزوم لم يتحقق في العقد لعدم القبض ويدل لمـــا نقول ما نقل عنهم : حيث قال ابن الحاجب أن الرهن يبطل بالموت والفلس قبل قبضه وما قالوا بأنه يشترط في اختصـــاص المرتهن بالمرهون أن يقبضه هو أو وكيله قبل موت الراهن أو فلسه فان مات الراهن أو أفلس قبل قبض المرتهن أو وكيـــله بطل الرهن ولو جد

---

(١) البـــدائع ٦/٦٥٢ .

في المطالبة ما لم يقبض وقد نقل عن المدونة : أن من وهب دارا غائبة ومات قبل أن يحوزها الموهوب له بطلب الهبة ولو لم يفرط مع أن المشهور فى الهبة اذا جد فى طلبها لا تبطل وقد فرق بينهما بأن الرهن لما كان باقيا على ملك راهنه لم يكتف بالجد بخلاف الموهوب فانه خرج عن ملك واهبه(٢) •

وعند **الشافعية** تعددت الآراء فى بطلان عقد الرهن مطلقا أو عدم البطلان مطلقا أو بطلان العقد بالنسبة لأحدهما دون الآخر واليك نص مقالتهم فى ذلك : انه ان عقد الرهن ثم مات أحد المتراهنين قبل القبض فقد نص الشافعى أن الرهن لا ينفسخ بموت المرتهن بل الراهن بالخيار بين أن يقبض ورثة المرتهن ولا يقبضهم وحكى الداركى أن الشافعى رحمه الله تعالى قال : فى موضع آخر ان الرهن ينفسخ بموت الراهن قبل التسليم واختلف أصحابنا فى المسألة على ثلاثة طرق فمنهم من نقل جوابه فى كل واحدة منهما الى الأخرى وخرجهما على قولين :

أحدهما : ينفسخ بموت أحدهما لأنه عقد جائز فبطل بالموت كالوكالة والشركة •

الثانى : لا ينفسخ بموت واحد منهما لأنه عقد يؤول الى اللزوم فلم ينفسخ بالموت كالبيع بشرط الخيار •

ومنهم من قال ينفسخ بموت الراهن ولا ينفسخ بموت المرتهن لأن بموت الراهن يحل الدين المؤجل عليه فاذا كان عليه دين غير دين المرتهن كان المرتهن كسائر الغرماء ولا يجوز للورثة تخصيص المرتهن بالرهن وان لم يكن عليه دين غير المرهون به فقد تعلق بجميع التركة

---

(٢) مواهب الجليل للحطاب جـ ٥/٣ ، ٤ •

فلا وجه لتسليم الرهن به وليس كذلك المرتهن فان ماله من الدين لا يحل بموته فالحاجة باقية الى الاستيثاق بالرهن(٣) .

ويلاحظ أن عبارة الشافعية تنصب فى الكلام عن الموت حالة ما اذا لم يكن الرهن مقبوضا ومفهومه أن الرهن اذا كان مقبوضا لا ينفسخ الرهن بموت أحدهما .

ويرى **الحنفية والشيعة** أن موت الراهن أو المرتهن أو هما معا لا يؤدى الى ابطال عقد الرهن بل تقوم ورثة كل منهما مقامهما ويدل لذلك ما نقل عنهم : وان مات الراهن والمرتهن أو أحدهما فورثة كل واحد منهما تقوم مقام مورثهم ويبيع المسلط ويدفع الى المرتهن أو الى ورثته حقهم ، ويدفع الفضل الى الراهن أو الى ورثته ان مات اذا كان فى الراهن .

وان مات المسلط فانه يرجع الرهن الى الراهن أو الى ورثته ان مات ولا تكون ورثة المسلط فى مقامه لأنهم ليسوا بوكلاء(٤) .

وعند **الظاهرية** يرون الموت الراهن أو المرتهن مبطل لعقد الرهن وان كان الرهن مقبوضا ووجب الرهن الى الراهن أو الى ورثته وحل الدين المؤجل ولا يكون المرتهن أولى بثمن الرهن من سائر الغرماء واستدلوا على ذلك بقوله تعالى : « ولا تكسب كل نفس الا عليها » .

فذا مات المرتهن فانما كان حق الرهن له لا لورثته ولا لغرمائه ولا لأهل وصيته وانما تورث الاموال لا الحقوق التى ليست أموالا كالأمانات والوكالات وغيرها .

---

(٣) المجموع شرح المهذب ج ١٩٢/١٣ ، ١٩٣ .

(٤) الايضاح ج ٧/٢٠٠ ــ ٢٠١ ، وانظر لسان الحكام ص ٢٧٥ .

فاذا سقط حق المرتهن بموته وجب رد الرهن الى صاحبه واذا مات الراهن فانمـا كان عقد المرتهن معه مع ورثته وقد سقط ملك الراهن عن الرهن بموته وانتقل ملكه الى ورثته أو الى غرمائه وهو أحد غرمائه أو الى أهل وصيته ولا عقد للمرتهن معهم ولا يجوز عقد الميت على غيره فيكون كاسبا عليهم فالواجب رد متاعهم اليهم ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « ان دماءكم وأموالكم عليكم حراما »(٥) ٠

ثالثا : من حيث هلاك المرهون :

فانه يهلك بالأقل من قيمته ومن الدين وفيه روايات أخرى تراجع في ضمان المرهون وقد ورد عن الحنابلة : أن الرهن اذا هلك بغير جناية من المرتهن رجع المرتهن بحقه على الراهن أما اذا كان الهلاك من قبل المرتهن وبسـببه وان لم يحرزه ضـمن وليس في وجوب الضـمان خـلاف(٦) ٠

وقد سوى الحنفية بينما اذا كان الهلاك من جانب المرتهن أو من جانب الراهن فكلاهما يؤدى الى انهاء العقـد فيسقط الدين ان كان الهلاك من جانب المرتهن وان كان من جانب الراهن طالب المرتهن بدينه ان كان حالا وان كان لم يحل أخذ المرتهن ضمان ما هلك فأمسكه الى حلول الأجل(٧) ٠

رابعـا : من حيث الفسـخ :

فان الرهن عقد قولى فينفسخ بالأقوال والافعال ٠

أما الأقوال فلو قال الراهن رجعت أو اشـترط الخيار وكذلك لو رجع المرتهن وأقوال الراهن يظهر أكثر مايقبض المرهون أما بعد القبض

---

(٥) المحلى لابن حزم جـ ٨/١٠٠ ٠

(٦) المغنى والشرح الكبير جـ ٤/٤٤٢ ٠

(٧) البـدائع جـ ٦/١٦٣ ٠

فيصير العقد لازما بالنسبة للراهن بيد أن للمرتهن الرجوع قولا وعملا حتى جعل الحنفية الاقالة فسخا حيث قالوا : ان الاقالة فسـخ عقد الرهن ونقضه وعقد الرهن لا يبقى مع ما ينقضه الا أنه لا يبطل بنفس الاقالة من العاقدين ما لم يرد المرتهن الرهن على الراهن بعـد الاقالة حتى كان للمرتهن حبسه بعد الاقالة لأن العقد لا ينعقد فى الحكم بدون القبض فلا يتم فسخه بدون فسخه أيضا وفسخه بالرد(٨) ٠

---

(٨) البـدائع ٦/١٧٠ ٠

الفصل الخامس

نفقة المرهون

وفيه مطلبان

المطلب الأول على من تجب نفقة المرهون :

النفقة على المرهون اما أن تكون متعلقة بنفسه وابقائه من طعام وكسوة وأجره الراعى ، وأجرة الظئر اولد الرهن وسقى البستان وتلقيح نخله وجذاذه والقيام بمصلحته اما أن تكون متعلقة بصيانته وحفظه وذلك مثل أجرة البيت والحارس ومقاومة الافات التى تصيبه ومداواة مرضه فان كانت النفقة من القسم الأول أى التى تتعلق بنفس المرهون وابقائه فقد اتفق الفقهاء على أن هذه النفقة تكون على الراهن بمقتضى قول النبى صلى الله عليه وسلم : لا يغلق الرهن من صاحبه الذى رهنه له غنمه وعليه غرمه ولأن المرهون ملك للراهن تكون عليه نفقته ومؤنته وأما اذاكانت النفقة من القسم الثانى أى متعلقة بالصيانة والحفظ فقد اختلف الفقهاء فيمن تكون عليه هذه النفقة على مذهبين (١)

ذهب المالكية والشافعية والحنابلة الى أن هذه النفقة تكون على الراهن .

واستدلوا على ذلك بالمنقول والمعقول .

أما المنقول :

فقول النبى — صلى الله عليهوسلم — لا يغلق الرهن من صاحبه الذى رهنه له غنمه وعليه غرمه .

---

(١) بدائع الصنائع ص ٨ ٣٧٥٢ الشرح الكبير للدردير جـ ٣ ص ٢٥١ نهاية المحتاج جـ ٣ ص ٢٨٦ المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٢٩٦ سبق تخريجه .

وجه الدلالة من هذا الحديث :

ان الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ بين أن الرهن يكون ضمانه ومسئوليته من الراهن فيكون له غنمه وعليه غرمه ولا شك أن هذه النفقة من الغرم فتكون عليه .

أما المعقـول :

فان المرهون ملك للراهن اتفـاقا فيكون عليه نفقتـه اذ لا يجبر أحد على النفقة على ملك غيره الا اذا كان قد أحدث ما يستوجب تغريمه مثل ما انقص أو اتلف من عين أو منافع ملك الغير(٢) .

وذهب الحنفية الى أن هـذه النفقة تكون على المرتهن واستدلوا على ذلك بأن نفقة الحفظ المشار اليها تتعلق بحقوق اليد وهى للمرتهن فتكون مثل هذه النفقة عليه(٣) .

ويناقش هـذا :

بأنه مستحق فى نفقة الطعام وتحولها فتكون على المرتهن وهذا خلاف مذهبهم(٤) .

الرأى المختـار :

وبعد فانني أرى ما ذهب اليه الجمهور من أن نفقة المرهون سواء كانت صيانة أو غيرها تكون على الراهن هو المختار لظهور دليله يضاف

---

(٢) حاشية الدسوقى عـلى الشرح الكبير جـ ٣ ص ٢٥١ نهـاية المحتاج جـ ٣ ص ٢٨٦ والأم للشافعي جـ ٣ ص ١٤٥ والمغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٢٩٦ سنن الدارقطنى جـ ٣ ص ٣٣ .

(٣) ويرى الامام أبو يوسف أن أجرة المأوى على الراهن لا على المرتهن لأنها بمنـزل النفقة عليه اذ أنها سـعى فى الابقاء عليـه بدائع الصنائع جـ ٨ ص ٣٧٥٢ تكملة فتح القدير جـ ١٠ ص ١٥١ .

(٤) حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٣٤٦ .

الى ذلك أنه اذا جعلت النفقة من ضمان المرتهن لأدى ذلك الى أن المرتهن يستوفى دينه ناقصا لما غرمه فى صيانة المرهون وهذا غير مقبول لأن القرض لون من ألوان التبرع فلا يكاف المقرض ما فيه غبن اذا أراد أن يستوثق لدينه بالرهن حتى لا يحجم الكثير عن فعل هذا البر العظيم •

المطلب الثانى :

حكم ما لو امتنع الراهن عن النفقة

تبين لنا أن نفقة المرهون تجب على الراهن وفقا للرأى الراجح فاذا قام الراهن بما عليه من واجب الانفـاق على المرهون فقد أدى ما عليه واما اذا امتنع عن الانفاق فان الحاكم يجبره عليه عند الأكثرين حفظا لحق الله وحق المرتهن •

ورأى بعضهم أن الحاكم لا يجبر الراهن « المـالك » فى هذا الحال بل يبيع من المرهون بقدر الحاجة(٥) •

وان قام المرتهن بالانفاق متطوعا فالأمر ظاهر وان أنفـق بنية الرجوع فان كان باذن ممن له الحق فى الاذن شرعا رجع بما أنفقه وان أنفق من غير استئذان فمن الفقهاء من رأى أن له الحق فى الرجوع لأنه قام على الراهن بما هو واجب عليه ومن الفقهاء من رأى أنه لا يرجع فى مثل هذه الحال لأنه قضى الدين بغير اذن فهو مقطوع(٦) •

---

(٥) ومما لا يخفى أن هذا متعذر فى كثير من الأحيان كما لو كان المرهون شيئا لا يتجزأ كحيوان •

(٦) هـذا هو مجمل ما ذهب اليه العلمـاء فى هذه المسألة وهناك تفصيل فى المذاهب أذكره فيما يلى :

(أ) يرى الحنفيـة أن ما يؤديه كل من الراهن والمرتهن مما هو واجب عليه أساسا اذا أداه عنه غيره فانه يكون متبرعا به لأنه أداه بغير

اذن ممن وجب عليه أو بدون اذن القاضى أما اذا كان يأذن ممن وجب عليه أو باذن من القاضى على أن يكون دينا على الآخر فانه يحق له الرجوع به على صاحبه كما هو رأى أبى يوسف بينما يرى الامام أبو حنيفة أن من يقوم بذلك ليس له أن يرجع على صاحبه اذا كان حاضرا حتى ولو كان بأمر القاضى أما اذا كان غائبا فله أن يرجع اذا أمره القاضى بذلك انظر بدائع الصنائع ج ٨ ص ٣٧٥٢ ٠

(ب) ويرى المالكية أن المرهون ان كان مما يحتاج الى الانفاق الدائم عليه من أجل الابقاء على ذاته مثل الحيوان والعبد فللمرتهن أن يرجع بجميع ما انفق عليه وأن زاد عليه قيمة الرهن الا أن هذا يكون واجبا فى ذمة الراهن ولا يتعلق بماليه الرهن وعينه ويستوى فى هذا أن ينفق المرتهن باذن من الراهن أو بغير اذنه وسواء أكان الراهن ميسورا أم معسرا غائبا أو حاضرا وهذا ما لم يصرح الراهن بأن المرهون قدرهن فى النفقة بأن يقول مثلا أنفق عليه وهو رهن فى النفقة عليه أو بما أنفقته عليه فانه فى هذه الحالة يكون رهنا بالدين والنفقة ويتعلق بعين الرهن وماليته ولا يتعلق بذمة الراهن منه شىء ويكون المرتهن مقدما فى الوفاء به من ثمنه على سائر الغرماء وان كان المرهون مما لا يحتاج الى النفقة الدائمة فى ذاته ولكن يحتاج فى بقائه الى عمارة غيره وقد خيف عليه التلف والفساد ان لم يقم الانفاق على هذا الغير وذلك مثل الشجر والزرع يحتاج الى أجزاء النهر وحفر البئر فانه فى هذه الحالة اما أن ينفق باذن الراهن أو بدون اذنه فان انفق باذنه فان النفقة تجب فى ذمته ولا يجب فى ثمن الحب والثمر أى لا تؤخذ من ثمنها فاما اذا لم يؤذن به الراهن وامتنع عن ذلك فقام به المرتهن باصلاح البئر وآله السقى واجراء الماء فانه يرجع بما انفق من ثمن النخل والزرع قبل استيفاء

الدين ولا تكون النفقة فى ذمة الراهن لأنه فى هذه الحالة لو لم ينفق لهلك المرهون فيلحقه من جراء ذلك الضرر ٠

انظر حاشية الدسوقى ج٣ ص٢٥١ وما بعدها والخرشى ج٥ ص٢٩٣

(ج) ويرى الشافعية ان كان الراهن حاضرا وامتنع عن الانفاق على الرهن أجبره القاضى فحق المرتهن فاذا تعذر ذلك بسبب اعساره أو بسبب غيبته فالحاكم ينفق من مال الراهن عند غيبته ان كان له مال والا بأن كان معسرا حاضرا أو غائبا لا يعرف له مال اقترض القاضى عليه ويجوز أن يأمر القاضى المرتهن بأن ينفق على أن تكون النفقة دينا فى ذمة الراهن كما يجوز له أن يبيع جزءا من الرهن فى سبيل بقائه انظر مغنى المحتاج ج ٢ ص ١٦٢ والأم للامام الشافعى ج ٣ ص ١٤٥ ٠

(د) ويرى الحنابلة بناء على رأيهم السابق من أن نفقة المرهون وكل ما يحتاج اليه يلتزم به الراهن وكل نفقة تلزم الراهن اذا امتنع عليها أجبره الحاكم عليها وان لم يفعل أخذه الحاكم من ماله فان لم يكن له مال أخذه من الرهن فان بذلها المرتهن متطوعا لم يرجع بشىء وان أنفق باذن الراهن أو اذن الحاكم عند تعذر اذن الراهن مستحبا رجع به وأن تعذر اذنهما وأشهد على انه أنفق ليرجع بالنفقة فله الرجوع فيها حينئذ أما اذا أنفق من غير اذن الحاكم مع امكانه أو من غير اشهاد بالرجوع عند تعذر واستئذانه ليرجع به فهل يرجع أو لا على روايتين انظر المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٢٩٦ ٠

تم بحمد الله وتوفيقه

المراجـــــع

١ ـ سنن الترمذى .
٢ ـ المصباح المنير :
٣ ـ حاشية ابن عابدين .
٤ ـ مختصر خليل بالمواهب .
٥ ـ الفواكه الدوانى .
٦ ـ مواهب الجليل .
٧ ـ مغنى المحتاج .
٨ ـ المغنى والشرح الكبير .
٩ ـ كتاب النيل وشفاء العليل ومعه شرح النيل .
١٠ ـ بدائع الصنائع .
١١ ـ المبسوط .
١٢ ـ فتح البارى لشرح البخارى .
١٣ ـ نيل الأوطار للشوكانى .
١٤ ـ تبيين الحقائق للزيلعى .
١٥ ـ كشف الأسرار للبزدوى .
١٦ ـ لسان الحكام .
١٧ ـ نهاية المحتاج لشرح الفاظ المنهاج .
١٨ ـ حاشية أبى الضياء الشبراملسى .
١٩ ـ الأشباه والنظائر لابن نجيم .
٢٠ ـ الوسيط للسنهورى .
٢١ ـ الشرح الكبير للدردير .
٢٢ ـ المحلى لابن حزم .
٢٣ ـ كتاب الايضاح للشماخى .
٢٤ ـ حاشية ابن عابدين .
٢٥ ـ نظرية الشرط فى الفقه الإسلامي للدكتور حسن الشاذلي .

٣٦ ـ قوانين الأحكام لابن جزى .
٢٧ ـ التاج والاكليل بهامش الخطاب .
٢٨ ـ الأشباه والنظائر للسيوطى .
٢٩ ـ الدر المختـــار .
٣٠ ـ تحفة المحتاج شرح المنهاج .
٣١ ـ رسالة الفلك المشحون للكنوى .
٣٢ ـ مسند الامـــام أحمد .
٣٣ ـ سنن ابن مـــاجة .
٣٤ ـ مصطلح الحديث للدكتور محمد اسماعيل أبو الريش .
٣٥ ـ المجموع شرح المهـذب .
٣٦ ـ نيل الاوطار للشـــوكانى .
٣٧ ـ الأم للشـــافعى .
٣٨ ـ بداية المجتهد لابن رشد .
٣٩ ـ نصب الراية فى تخريج أحاديث الهداية .
٤٠ ـ أحكام القرآن للجصاص .
٤١ ـ العناية على الهداية .
٤٢ ـ الهـــداية .
٤٣ ـ المهـــذب .
٤٤ ـ الخـــرشى .
٤٥ ـ منح الجليـــل .
٤٦ ـ أعـلام الموقعـين .
٤٧ ـ ابن الحـاجب .
٤٨ ـ تكملة فتح القـدير .
٤٩ ـ كشف الحقائق للافغانى .
٥٠ ـ موسوعة فقه عمر بن الخطاب .
٥١ ـ سنن النســـائى .

الفهـــــرس

رقم الايداع بدار الكتب ١٩٨٦/٤٩٨٦